TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS JEFES Y
REPRESENTANTES LEGALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES
EN EL MARCO DE LA DELEGACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL PÚBLICA**

LUIS FERNANDO RIVERA CASTRO

Tutor

Dr. CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA

Jurados

**Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Dr. JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

BOGOTÁ

APROBADA 31 DE MARZO DE 2014

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

La responsabilidad de los jefes y representantes legales por la dirección y manejo de la actividad contractual

1.1. El principio de concentración de la responsabilidad	11
1.2. Los conceptos de “dirección” y “manejo”.....	12
1.3. El numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993: ¿Principio o regla de aplicación directa?	17
1.4. Desarrollo normativo del principio de concentración de responsabilidad...	22
1.5. Desarrollo jurisprudencial del principio de concentración de responsabilidad.....	32
1.6. Conclusiones del capítulo.....	34

CAPÍTULO II

La responsabilidad de los jefes y representantes legales como delegantes en materia contractual

2.1. Concepto de delegación en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.....	35
2.2. La facultad de delegación de los jefes y representantes legales.....	37
2.3. Los deberes de control y vigilancia de los jefes y representantes legales como delegantes	41
2.4. Responsabilidad de los jefes y representantes legales como delegantes en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	45
2.5. Conclusiones del capítulo.....	55

CAPÍTULO III

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria de jefes y representantes legales, a partir de la utilización del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 como regla de aplicación directa

3.1. Problemática.....	57
3.2. Propuesta de solución de la problemática evidenciada.....	69
3.3. Efectos de la delegación en la delimitación de ámbitos competenciales....	70
3.4. Relativización del principio de concentración de la responsabilidad de cara al contexto fáctico y jurídico del caso.....	71
3.5. Conclusiones del capítulo.....	78

CAPÍTULO IV

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria de jefes y representantes legales, a partir de la omisión del análisis del carácter indirecto de la responsabilidad que ostentan como delegantes

4.1. Problemática.....	80
4.2. La autoría en materia disciplinaria.....	92
4.3. La responsabilidad civil indirecta o refleja.....	99
4.4. Propuesta de solución a la problemática evidenciada.....	103
4.5. Conclusiones del capítulo.....	126

CAPÍTULO V

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria a partir de la utilización de la condición de jefe o representante legal y del principio de concentración de la responsabilidad, como parámetros definitorios de la exigibilidad de un deber contractual y de la existencia o no de culpabilidad

5.1. Problemática.....	128
5.2. El principio de culpabilidad en los ámbitos penal y disciplinario.....	137
5.3. El concepto de culpa en materia disciplinaria: la culpa como “diligencia exigible”.....	144
5.4. El contenido del dolo en materia disciplinaria.....	154
5.5. Ausencia de un contenido concreto del juicio de exigibilidad en materia disciplinaria.....	165
5.6. Una propuesta sobre el contexto y los elementos integrantes del juicio de exigibilidad como solución a la problemática evidenciada.....	169
5.7. Conclusiones del capítulo.....	193
CONCLUSIONES.....	195
BIBLIOGRAFÍA.....	201

INTRODUCCIÓN

En el campo del derecho civil, como forma de caracterizar la incidencia que la culpa tiene en la estructuración o configuración del débito indemnizatorio, se distingue entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva. Así, mientras en la primera, la obligación de indemnizar se basa en la existencia de una conducta dolosa o culposa del agente, en la responsabilidad objetiva se prescinde de la culpa como factor de imputación de responsabilidad para en su lugar hacer uso de títulos de imputación como el riesgo y el peligro (C.S.J., S. Civil, 24 de agosto, 2009. Rad. 01054-01).

En materia disciplinaria, el legislador nacional en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 prohibió de manera expresa “toda forma de responsabilidad objetiva” y exigió la demostración de dolo o culpa en el actuar del sujeto disciplinable como requisito sine qua non para la imputación de este tipo de responsabilidad.

La Corte Constitucional por su parte (C-310, 1997; C-708, 1999), ha ratificado el carácter subjetivo de la responsabilidad disciplinaria y ha asimilado la culpabilidad a un “juicio de exigibilidad” en virtud del cual se le imputa a un servidor estatal o a un particular que cumpla funciones públicas, la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen.

En el marco de este paralelismo entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, el autor del presente trabajo de investigación con un doble objetivo, analítico y a la vez propositivo, busca establecer si en el caso de los jefes y representantes legales de las entidades estatales¹ que hacen uso de la delegación

¹ Se adoptó el uso de los términos “*jefes y representantes legales*” y “*entidades estatales*”, con el fin de enmarcarlo en el ámbito de la ley 80 de 1993 cuyos artículos 2 y 26 numeral 5, establecen una diferenciación terminológica entre “*entidad pública*” y “*entidad estatal*” quedando reservado este último vocablo para aquellos organismos públicos con personería jurídica o sin ella, que han recibido de la ley la capacidad para celebrar contratos, de lo cual a su vez se desprende que los

en materia contractual y que de conformidad con el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 son los encargados de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, existen formas a través de las cuales, en el escenario del proceso disciplinario se puede llegar a la objetivación² de su responsabilidad sin prescindir de los conceptos de dolo y culpa; y en dicho caso, plantear a la comunidad académica posibles soluciones para esta problemática, que debe señalarse, no ha sido documentada ni abordada doctrinariamente.

Por “objetivación de la responsabilidad” entiendo dos fenómenos. En primer lugar, la acción por medio de la cual el juicio de exigibilidad realizado a los jefes y representantes legales se estructura a partir de la infracción de deberes funcionales ajenos, correspondientes a otros funcionarios intervinientes en el proceso contractual, vulnerado el principio de personalidad de las sanciones en virtud del cual sólo puede imponerse una sanción por hechos, culpas y deberes propios³; y en segundo lugar, la acción por cuyo intermedio la culpabilidad es desprovista de su condición de juicio de exigibilidad para ser convertida tan solo en un juicio de constatación de la existencia de un deber y de su omisión o incumplimiento, prescindiendo de consideraciones subjetivas y fácticas imprescindibles para la determinación de la exigibilidad o no del deber presuntamente infringido.

representantes legales son los servidores públicos con competencia para contratar respecto de las entidades estatales con personería jurídica y los jefes aquellos servidores que ostentan esa competencia frente a las entidades estatales carentes del atributo de la personería jurídica.

Lo anterior en la medida en que ley 80 de 1993 a través del artículo segundo, ordinal primero, al hacer el listado de las entidades estatales con capacidad para contratar incluye a un conjunto de organismos públicos diversos, algunos con personería jurídica, verbigracia la Nación y las entidades territoriales, y otros sin ese atributo jurídico, como lo son los ministerios, y los departamentos administrativos.

² Según el diccionario de la lengua española de la Real Academia (21 ed.), por *objetivación* debe entenderse la “Acción y efecto de objetivar”; por *objetivar*: “Dar carácter objetivo a una idea o sentimiento”; y por *objetivo*: “Lo que existe fuera del sujeto que lo conoce”.

³ En el marco de la ley 734 de 2002 no existen formas de responsabilidad solidaria.

En estos dos casos, el operador disciplinario continuará haciendo uso de los conceptos de dolo y culpa, sin embargo, en el primer evento lo hará de cara a deberes funcionales ajenos, transformando la culpa del tercero titular de los deberes, en la culpa del jefe o representante legal, y en el segundo, los utilizará a la manera de formas de culpabilidad, sustituyendo el concepto de exigibilidad por los de dolo y culpa, con lo cual, señalar que un disciplinado actuó con dolo o culpa, equivaldrá a decir que el deber funcional omitido o ejecutado irregularmente, le era exigible al investigado dadas sus capacidades y condiciones personales y las circunstancias fácticas del caso.

Haciendo uso del método inductivo, el cual permite pasar del análisis de hechos y realidades particulares y concretas, a la inferencia y formulación de conclusiones generales, acoplándose perfectamente con los objetivos analítico y propositivo perseguidos con la presente tesis, a través de la exposición y estudio de casos fallados por la Procuraduría General de la Nación en contra de jefes y representantes legales de entidades estatales, se comprobará si a las precitadas formas de objetivación de responsabilidad se puede arribar por los siguientes caminos:

a). A partir del entendimiento y aplicación del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993⁴ como regla de aplicación directa, desconociendo su condición de principio y la obligación que el operador jurídico tiene de interpretarlo y aplicarlo por referencia al contexto jurídico y material del caso, es decir, previa delimitación de la estructura organizativa de la entidad de la cual forma parte el jefe o representante legal sujeto pasivo de la acción disciplinaria; previa identificación de las dependencias o unidades con funciones contractuales; una vez identificados los cargos o empleos a los cuales se encuentran adscritas esas funciones y los

⁴ De conformidad con el numeral 5 del artículo 26 ley 80 de 1993: “La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma”.

funcionarios que los desempeñan; determinada la existencia o no de delegaciones y sus efectos de reconfiguración de ámbitos competenciales y, por tanto, de órbitas de responsabilidad individual y previa complementación del principio con una regla o precepto constitucional de aplicación directa que concrete el deber a cargo del jefe o representante legal.

b). Con la omisión del análisis del carácter indirecto de la responsabilidad que como delegantes ostentan los jefes y representantes legales de las entidades estatales frente al desarrollo del objeto de la delegación. Esta omisión implicaría el desconocimiento de los efectos de transformación de ámbitos competenciales que trae consigo la delegación⁵ y permitiría que se les impute a los jefes y representantes legales en su condición de delegantes, la autoría material de irregularidades en la ejecución directa de la delegación, responsabilizándolos por deberes correspondientes al marco funcional del delegatario, pues siendo éste el responsable directo de la ejecución del objeto delegado, el delegante no podría ser sancionado a título de autor material de irregularidades en dicha ejecución.

Así mismo, la omisión de dicho análisis podría desembocar en una imputación a título de autoría en comisión por omisión, con fundamento en una “Posición de Garantía” formal, abstracta e ilimitada, derivada de la condición de jefe o representante legal y de los deberes generales de dirección, coordinación y control adscritos a dichos cargos, que nada dirían sobre la capacidad real de la que disponía el garante para la evitación del resultado producido, esquivando por esta vía la necesidad de determinar si realmente el jefe o representante legal en el contexto material investigado, estaba en capacidad de evitar el resultado dañino

⁵ A través de la delegación el delegante se puede desprender de la ejecución directa de actividades contractuales que pasarán al ámbito de competencias del delegatario, para en su lugar asumir los deberes de control y vigilancia sobre éste último.

que se le imputó, es decir, si tenía o no un control efectivo y material sobre el delegatario.

c). Y a través de la realización de un juicio de culpabilidad donde el cargo de jefe o representante legal al cual se encuentra adscrito el deber de dirección y manejo de la actividad contractual impuesto por el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, se use como parámetro definitorio de la exigibilidad de cualquier deber que estos funcionarios tengan en materia contractual, y donde los conceptos de dolo, y culpa son utilizados como formas de culpabilidad, dejando de la lado la determinación de la exigibilidad o no del deber funcional omitido o cumplido irregularmente, de cara a las circunstancias fácticas y laborales del caso y a las calidades o competencias personales y profesionales exigidas para el ejercicio del cargo.

Para el logro de los objetivos propuestos, en los capítulos primero y segundo, se hará una presentación del contexto normativo, jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad que corresponde a los jefes y representantes legales de las entidades estatales como encargados de la dirección y manejo de la actividad contractual y como delegantes. Y en los capítulos tercero, cuarto y quinto, con base en la presentación y análisis de casos reales fallados por la Procuraduría General de la Nación, se intentará dar respuesta al problema jurídico planteado, a través de la comprobación o desestimación de las hipótesis planteadas y de la formulación de soluciones a las problemáticas planteadas.

Para efectos metodológicos, en la exposición de las sentencias donde la Corte Constitucional aborda el tema de la responsabilidad del delegante, incluidas en el capítulo segundo, al igual que para la presentación de los casos propuestos como ejes de análisis, he optado por presentar los párrafos enhilados de la manera en

que he considerado más coherente, razón por la cual en ocasiones la sucesión de los mismos puede no coincidir con el orden en que figuran en los fallos. Se procuró igualmente citar textualmente y entre comillas los principales argumentos tanto de la Corte Constitucional como de la Procuraduría para evitar la tergiversación de las ideas originales, agregando sólo las palabras o frases necesarias para entrelazar las ideas o párrafos en busca de coherencia expositiva.

En aras de precisión y eficiencia en la citación bibliográfica, se hizo uso de las normas de citación de la American Psychological Association (normas APA).

CAPÍTULO I

Responsabilidad de los jefes y representantes legales por la dirección y manejo de la actividad contractual

En este primer capítulo se abordará el estudio del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993. Se expondrá su conceptualización doctrinal como principio de concentración de responsabilidad; se analizará el contenido y alcance de los términos “dirección” y “manejo” incorporados en dicha norma; se demostrará su condición de principio y no de regla de aplicación directa; y se delimitará su desarrollo normativo y jurisprudencial.

1. 1. El principio de concentración de la responsabilidad

El numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, según el cual "la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma", ha sido denominado por la doctrina "principio de concentración de la responsabilidad personal" (Benavides, 2005, p. 223) y surgió como respuesta del legislador a la necesidad de evitar la atomización de la responsabilidad, imperante bajo el régimen del decreto 222 de 1983, dado que este contenía diferentes tipos de controles y autorizaciones administrativas (arts. 251 y 252) que impedían la imputación de faltas a los distintos servidores públicos intervinientes en los procesos contractuales, pues las decisiones estaban subordinadas a otras instancias o dependencias y no se podía determinar quién era en últimas el responsable del contrato (Benavides, 2005, p. 223).

Cárdenas Mejía (1994, p. 213 y 214), al comentar las modificaciones que la ley 80 de 1993 introdujo al régimen de contratación administrativa, afirma que dicha ley

se caracterizó por la supresión de controles previos para agilizar la contratación, lo que requirió como contrapartida reglas más severas en materia de responsabilidad personal.

En el mismo sentido, Sánchez Torres (1994, p. 262) sostiene que entre los ponentes del proyecto de reforma del decreto 222 de 1983 hubo consenso en que lograr eficiencia, autonomía y agilidad en la contratación pública requería de un adecuado y correlativo régimen de responsabilidad que imprimiera criterios de diligencia, eficacia y moralidad en la gestión contractual.

Y Matallana Camacho (2005, p. 231), al igual que Mutis Vanegas y Quintero Múnera (2000, p. 319), consideran que unos márgenes más amplios de libertad para el manejo contractual como los concedidos en la ley 80 de 1993, debían equilibrarse mediante un régimen de responsabilidad más severo como el allí dispuesto.

En la misma dirección, el Consejo de Estado (S. Tercera, 3 de diciembre, 2007. Rad. 24715) ha considerado que el artículo 26 de la ley 80 surgió “Como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva una mayor responsabilidad”.

1.2. Los conceptos de “dirección” y “manejo”

De la lectura del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, denominado por la doctrina “Principio de Concentración de Responsabilidad”, surgen entre otras las siguientes preguntas: ¿Qué debe entenderse por “dirección” de la actividad contractual? ¿Qué debe entenderse por “manejo” de los procesos de selección? ¿Qué funciones, actividades o tareas comprende la “dirección” y “manejo” de la actividad contractual y de los procesos de selección?

La búsqueda de una respuesta a las anteriores preguntas exige un análisis diferencial y paralelo, en primer término de los conceptos de “actividad contractual” y “procesos de selección” y en segundo lugar de los términos “dirección” y “manejo”.

Acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado se puede hacer una primera aproximación al numeral 5 del artículo 26, para señalar la existencia de diferencias cualitativas entre los conceptos de “actividad contractual” y “procesos de selección”.

Según este Tribunal (S. Tercera, 21 de febrero, 2011. Rad. 16656), el concepto de “actividad contractual” tiene un alcance restrictivo y comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, siendo los actos previos a ese momento, actos propios del proceso precontractual o de selección.

En palabras del Consejo de Estado:

La redacción del ordinal 7º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión "actividad contractual" porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicompreensiva de todo tipo de actos.

La misma separación conceptual de las distintas categorías de actos que avala la interpretación restrictiva se encuentra en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 cuando expresa que ‘...la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal...’, de donde se desprende que unos son los actos expedidos con motivo de la actividad contractual y otros los actos previos correspondientes al proceso de selección.

Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato y este,

en la ley 80 de 1983, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (artículo 41 ibídem).

Se deduce de esta primera aproximación, que los deberes de dirección y manejo impuestos a los jefes y representantes legales por el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, se predicán tanto de la etapa precontractual y de selección del contratista, como de la contractual y de liquidación del contrato.

Según Araujo Oñate (2011, p. 111), la etapa precontractual inicia con las actuaciones preliminares de la entidad en la que se realizan los estudios técnicos, legales y financieros para definir el objeto de contrato, la modalidad de selección del contratista, la definición del presupuesto y financiación del contrato y termina con la adjudicación del contrato. La etapa contractual comprende la celebración, ejecución y liquidación del contrato. La ejecución del contrato busca la materialización del objeto contractual y la liquidación la definición y balance de las prestaciones y contraprestaciones realizadas y la realización de los acuerdos, transacciones y compensaciones que sean necesarias.

Definido el campo de aplicación de dichos deberes, pasemos ahora a abordar el análisis de los términos “dirección” y “manejo” incorporados en el numeral 5 del artículo 26. La primera observación que debe realizarse es que estas expresiones normativas carecen de un significado desarrollado, delimitado o especificado por esa misma norma, con lo cual se constituyen en conceptos jurídicos indeterminados, entendiendo por estos, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados en la redacción de las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado (C.Const., C- 815, 2005).

Según el artículo 28 del Código Civil Colombiano “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas

palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Lo más cercano a una definición de las funciones de dirección y manejo en la legislación nacional la encontramos en los decretos ley 785 y 2772 de marzo 17 y agosto 10 de 2005. Mediante el primero se estableció el sistema de clasificación, de funciones y de requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004; y mediante el segundo se definieron las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional.

A través de estas dos leyes se estableció, que el nivel directivo del cual hacen parte los jefes y representantes legales de las entidades estatales, comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

Dentro de estas funciones según el artículo 3 del decreto 2772 de 2005, se encuentran las siguientes:

1. Fijar las políticas y adoptar los planes generales relacionados con la institución o el sector al que pertenecen y velar por el cumplimiento de los términos y condiciones establecidos para su ejecución.
2. Dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la institución, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas.
3. Organizar el funcionamiento de la entidad, proponer ajustes a la organización interna y demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos.
4. Nombrar, remover y administrar el personal, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

5. Representar al país por delegación del Gobierno en reuniones nacionales e internacionales, relacionadas con asuntos de competencia de la entidad o del sector.
6. Adelantar las gestiones necesarias para asegurar el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos y adoptar sistemas o canales de información para la ejecución y seguimiento de los planes del sector.
7. Asistir a las reuniones de los consejos, juntas, comités y demás cuerpos en que tenga asiento la entidad o efectuar las delegaciones pertinentes.
8. Establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización.
9. Las demás señaladas en la Constitución, la ley, los estatutos y las disposiciones que determinen la organización de la entidad o dependencia a su cargo.

De la definición del nivel directivo realizada por los decretos 785 y 2772 de marzo 17 y agosto 10 de 2005, así como del listado de funciones que corresponden a los empleos de dicho nivel, no se puede inferir un contenido concreto de los términos “dirección” y “manejo” sino única y exclusivamente, su vinculación con el nivel jerárquico superior de las entidades estatales, a cuyo cargo se encuentran funciones generales de fijación y adopción de políticas generales para la entidad y de control del cumplimiento de los objetivos de la institución, sin que nada se diga sobre el contenido concreto y la forma de ejecución de dichas funciones generales.

Al no existir una definición legislativa expresa de los términos “dirección” y “manejo”, en aplicación del artículo 28 del Código Civil Colombiano, se tendría que acudir al sentido natural y obvio que estas palabras tienen, para intentar determinar a partir del mismo, el contenido de dichos deberes en los ámbitos precontractual y contractual.

Según el diccionario de la lengua española de Real Academia (22 ed.), por dirección se entiende: “Acción y efecto de dirigir o dirigirse”. Por dirigir: “Gobernar, regir, dar las reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión. Aconsejar y gobernar la conciencia de una persona. Orientar, guiar, aconsejar a quien realizar un trabajo”. Por manejo: “Acción y efecto de manejar o manejarse. Dirección y gobierno de un negocio”. Por manejar: “Gobernar dirigir”. Y por gobernar: “mandar con autoridad o regir una cosa. Guiar y dirigir”.

Como puede observarse, el sentido gramatical natural tampoco provee un significado que por sí mismo sirva para concretar y delimitar el contenido de los deberes de “dirección” y “manejo” de la actividad contractual y de los procesos de selección.

De las consideraciones precedentes se extrae, que los deberes impuestos a los jefes y representantes legales por el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, los cuales se predicen tanto de la etapa precontractual y de selección del contratista, como de la contractual y de liquidación del contrato, se caracterizan por su abstracción e in concreción, dada la generalidad, indeterminación y textura abierta propia de los términos “dirección” y “manejo”, cuyo contenido normativo no ha sido definido expresamente por el legislador y no se puede derivar del significado gramatical de dichas palabras.

1.3. El numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993: ¿Principio o regla de aplicación directa?

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido sosteniendo hasta la fecha la existencia de diferencias sustanciales entre los principios y las reglas jurídicas.

Para el Consejo de Estado (S. Tercera, 3 de diciembre, 2007. Rad. 24715), aunque los principios y las reglas comparten la característica de ser normas jurídicas que forman parte de nuestro sistema normativo, difieren en que: a) en

tanto las reglas prescriben y exigen determinadas conductas de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son valores de la sociedad, transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado; b) mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido en la proposición en que ella consiste, en los principios corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente para determinar su observancia; y c) porque en cuanto a los principios se refiere, estos se caracterizan por ser normas jurídicas de contenido general y textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente a desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, y pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretar su contenido normativo en forma clara e inequívoca.

En la misma línea, la Corte Constitucional (C-818, 2005) ha sostenido:

La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Atendiendo a esa diferenciación entre principios y reglas y a las características propias de los primeros, la Corte (C-818, 2005) se refirió a la posibilidad de hacer uso de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa como fuente de responsabilidad disciplinaria, considerando que si bien en materia

disciplinaria no se puede exigir el mismo grado de tipificación de una conducta como en el derecho penal, tampoco se puede llegar al extremo de invocar la infracción de un principio como único elemento descriptor de un comportamiento constitutivo de falta disciplinaria, pues este tiene una vocación normativa de carácter general y una textura abierta contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria.

Según la Corte Constitucional (C-818, 2005):

Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales, las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad, [para impedir] que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Exigencia que tratándose de los principios no es posible acreditar, pues estos siempre se expresan a través de mandatos generalizados que contribuyen a la unificación de las distintas instituciones jurídicas que afianzan el sistema normativo.

Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas), que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte concluye que para convalidar el señalamiento de un principio que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla

que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley.

Aunque en la doctrina el tema de la clasificación de las normas jurídicas y la naturaleza y características propias de los principios y las reglas ha sido de recurrente discusión, para los efectos de la presente tesis el autor se limitará a mencionar el concepto del profesor alemán Robert Alexy, quien es frecuentemente citado por nuestro tribunal constitucional, y la síntesis que en torno a la diferenciación entre principios y reglas realizaron Atienza y Ruiz Manero (1991, pp. 101 y ss.).

Para Alexy (2002, p. 86), una de las principales diferencias entre principios y reglas se encuentra en que, en tanto las reglas se aplican de la forma "todo o nada", es decir, o se aplican integralmente o simplemente no se aplican por estar la situación cobijada por otra norma más específica o posterior, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados o medidas, dependiendo de las posibilidades reales (materiales o fácticas) y jurídicas del caso, lo cual significa que los principios "no son mandatos definitivos o absolutos sino *prima facie*" (p. 99), esto es, se relativizan dadas las posibilidades del mundo real y normativo.

Para Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 101), el concepto de "principio jurídico" ha sido entendido y utilizado por la doctrina con diversos sentidos: como norma muy general, entendiendo por tal aquella que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; como una norma redactada en términos vagos donde en la descripción del caso genérico aparecen términos con una textura abierta que da lugar a diferentes posibles interpretaciones; como norma

programática o directriz que estipula un deber ser u obligación general de perseguir determinados fines; como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico; y como regla *iuris* que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector de este.

En este escenario jurisprudencial y doctrinal, el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, de cara a los criterios de diferenciación entre principios y reglas recién expuestos, adquiere, en concepto del autor del presente trabajo, la connotación de un principio y no de una regla de aplicación directa. Lo anterior en razón a que se trata de una norma de contenido general que pretende tener efectos sobre todo el proceso contractual; involucra términos de textura abierta, como son los conceptos de "dirección" y "manejo"; responde a una pretensión o directriz general consistente en evitar la atomización de responsabilidad al interior del proceso contractual; y en sí mismo no contiene un juicio de valor concreto o determinado, lo que demanda del operador jurídico una labor de complementación normativa y aplicación por referencia al contexto material y jurídico del caso e impide de plano, una aplicación silogística o directa a la manera de las reglas.

Adscribirle el carácter de principio significa entender que sus mandatos no son definitivos o absolutos sino relativos y, por tanto, pueden ser cumplidos en diferentes grados, dadas las posibilidades fácticas y normativas del caso concreto materia de juzgamiento (Alexy, 2002, p. 86). Esto implica para el operador disciplinario el deber de interpretar este principio de concentración de la responsabilidad por referencia al contexto material y jurídico del caso y acreditar que su infracción tenga un carácter concreto, a partir de su complementación con una regla constitucional o legal que permita determinar su contenido normativo específico.

1.4. Desarrollo normativo del principio de concentración de la responsabilidad

Si como se concluyó en el acápite precedente, el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 es un principio y no una regla de aplicación directa, y si para su utilización como fuente de responsabilidad disciplinaria debe acudir a una regla constitucional o legal a través de la cual se concrete su contenido normativo, inevitablemente surgen las siguientes preguntas: ¿cuáles serían algunas de esas reglas a través de las cuales se podría concretar el contenido normativo del principio de concentración de responsabilidad?, ¿Qué incidencia tiene en el proceso de complementación normativa, el numeral 4 del artículo 26 de la ley 80 según el cual, las actuaciones de los servidores públicos están presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia?

En relación con la primera pregunta, en el estatuto de contratación se encuentran entre otras las siguientes normas, que por contener concretos y delimitados deberes, pueden ser usadas para complementar el principio de responsabilidad:

En materia precontractual el numeral 7 del artículo 25 y el numeral 3 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 según los cuales:

La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o a la firma del contrato según el caso (numeral 7, artículo 25)

Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma

incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos (numeral 3, artículo 26)

Y en el marco de la actividad contractual, los numerales 1 a 6 del artículo 4 de esa misma ley en virtud de los cuales, las entidades estatales y por lo tanto, en principio de sus respectivos jefes o representantes legales:

Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado; adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiese lugar; solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato; adelantarán revisiones periódicas a las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar que cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias; adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado, etc., (artículo 4).

A diferencia del numeral 5 del artículo 26, las anteriores normas son reglas de aplicación directa que contienen específicos y concretos deberes a cargo de las entidades estatales, y que como tales, pueden ser usadas para concretar en un caso concreto el contenido normativo del principio de responsabilidad.

Pasemos ahora a la segunda pregunta: ¿cuándo el Legislador estableció en el numeral 4 del artículo 26 de la ley 80, que las actuaciones de los servidores públicos están presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, remitió al operador jurídico a reglas de aplicación directa que permiten

concretar el contenido y alcance del principio de concentración de responsabilidad?

La doctrina en general, desde la expedición de la ley 80 de 1993 y hasta la fecha, ha considerado que la referencia a la administración de bienes ajenos realizada por el numeral 4 del artículo 26 se debe entender como una remisión a las reglas del mandato.

Comentando la expedición de la ley 80 de 1993, Cárdenas Mejía (1994, p. 226) considera que:

Para establecer a qué normas se refiere el proyecto de ley es pertinente señalar, en primer término, que no puede hacer referencia a las normas sobre incapaces, pues no puede considerarse al Estado un incapaz. Tampoco puede referirse a la agencia oficiosa por cuanto las mismas parten de la base de que el agente carece de poder de representar y por ello actúa al margen de la voluntad del dueño del negocio; el servidor público obra por cuenta de la administración y por ello no actúa al margen de la voluntad de la misma. De la misma manera, no son aplicables las disposiciones que regulan el secuestro, porque éstas parten de la base de regular la administración de unos bienes sobre los cuales existe una controversia. Lo anterior conduce a concluir que deben aplicarse las reglas que rigen la representación voluntaria y el mandato.

Al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos, Amaya (2002, p. 238) señala que al estar sometida su actuación a las reglas de administración de bienes ajenos, "entre otras consecuencias se precisa el grado de imputación subjetiva en el nivel de culpa leve, como ya se advirtió atrás, imputación que se deriva de la remisión implícita de la referida disposición a las reglas del mandato contenidas en el artículo 2155 del Código Civil".

La misma posición fue adoptada por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, que en concepto del 26 de julio de 1996 proferido dentro del radicado No. 846-96,

pronunciándose sobre el título de imputación en materia de responsabilidad fiscal bajo la ley 42 de 1993, consideró:

En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C. C. el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Como la gestión fiscal implica la de la administración y custodia de bienes del Estado por servidor público o persona privada, las reglas que sobre responsabilidad le son aplicables son las pertinentes consagradas en el Código Civil reiterándose que tal responsabilidad se extiende hasta la culpa leve.

Si se entendiera la remisión a las "reglas sobre administración de bienes ajenos" como una remisión a las reglas del mandato, forzosamente tendríamos que remitirnos tanto al artículo 2155 del Código Civil que regula la responsabilidad del mandatario, como a las reglas de la administración del mandato que figuran en el artículo 2157 y subsiguientes del mismo código.

Según el artículo 2155:

El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.

Sobre este tema la doctrina civil especializada ha considerado que el artículo 2155 incorpora tres grados de culpa: la leve simple, es decir, la responsabilidad que se deriva cuando se trata de un contrato gratuito; la leve estricta, cuando el mandato es remunerado; y la leve menos estricta, cuando el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo y se ha visto en cierto modo obligado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante. Esta diferenciación encontraría su sustento práctico en que al mandatario remunerado hay que tratarlo con más severidad que al gratuito y al que se ha visto forzado a aceptar la gestión (Bonivento Fernández, 2000, p. 516).

Si entendiéramos que el numeral 4 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 nos remite a las reglas del mandato para los efectos de determinar los parámetros definitorios de la responsabilidad de los jefes y representantes legales de las entidades estatales, en virtud del artículo 2155 del Código Civil, los tres grados de culpa leve antes referenciados entrarían a formar parte del análisis de su culpabilidad, lo cual es jurídicamente inviable y hace inaplicable esta remisión. Esto porque en materia disciplinaria el artículo 44 de la ley 734 de 2002 no señaló sanción para las faltas cometidas a título de culpa leve, circunstancia a partir de la cual la Procuraduría ha venido sosteniendo hasta la actualidad que la culpa leve no es sancionable.

Así, en la directiva 6 de agosto 6 de 1997, por medio de la cual el procurador general de la Nación estableció los criterios que se deben observar en las procuradurías territoriales y delegadas para los casos de compulsas de copias por prescripción, moras y omisiones procesales, se señala que "la culpa leve no origina responsabilidad disciplinaria, porque, conforme se ha aceptado en el derecho sancionatorio en general, la culpa leve no puede fundamentar reproche jurídico. Por tanto, en tales casos no existe obligación de formular queja disciplinaria".

De la misma manera, en ejercicio de la acción disciplinaria se ha sostenido que si al momento del fallo está demostrada la realización objetiva de la violación de los deberes o la incursión en las prohibiciones, pero al valorar el aspecto subjetivo se tienen elementos para considerar que el sujeto disciplinable actuó con culpa leve, es necesario concluir en la absolución, por cuanto esta modalidad de culpa no da lugar a reproche o sanción.

Sobre este preciso tema, el procurador general, al analizar las consecuencias jurídicas de un comportamiento ejecutado con culpa leve, señaló que tal circunstancia:

No origina responsabilidad disciplinaria; por tanto, en tales casos no existe obligación de formular queja disciplinaria. Conforme se ha aceptado en el derecho sancionatorio en general, la culpa leve no puede fundamentar reproche jurídico. Lo anterior tiene su razón de ser en la vida misma, toda vez que, si cualquier descuido fuera penalizado, la interacción social se haría imposible. Por tanto, el Estado de derecho, por virtud del principio de proporcionalidad que le es inherente (art. 1 C. N.) tolera los mínimos descuidos, pues la reacción contra los mismos resultaría innecesaria y antijurídica. La base constitucional de tal afirmación la encontramos en el artículo 26 de la Carta, toda vez que allí se permite la admisión de ciertos riesgos sociales, pues la ley de intervención sólo puede entrar a limitarlos [P. G. N., Sala Disciplinaria, 2006].

Por lo anterior, resulta inaplicable la remisión a las reglas del mandato en lo que se refiere a la responsabilidad por la culpa leve.

En lo que tiene que ver con la administración del mandato, el Código Civil se encarga de fijar los parámetros generales de ejecución, la posibilidad de delegar el encargo conferido al mandante, las prohibiciones impuestas al mandatario y las circunstancias de incumplimiento del mandato.

En cuanto a la ejecución del mandato, los artículos 2158, 2159, 2160, 2173, 2175 y 2181 del Código Civil establecen que el mandato no confiere al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración y que necesita poder especial para todos los actos que salgan de estos límites; que el mandante podrá autorizar al mandatario a obrar de la manera que mejor le parezca, siempre y cuando no se altere la sustancia del mandato; que el mandatario está obligado a cumplir con el objeto del contrato a través de los medios fijados por el mandante, existiendo la posibilidad de hacer uso de medios diferentes pero equivalentes, si la necesidad obligare a ello y siempre que se obtenga el objeto del mandato; que podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato; que cuando el mandatario se halle en imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandante, le basta con tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan y, si no fuere posible dejar de obrar, deberá tomar el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio; y que el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración al mandante.

Al igual que el artículo 2155, los artículos 2158, 2159, 2160, 2173, 2175 y 2181 no son aplicables en materia contractual pública y no se pueden usar como parámetro de referencia en la determinación del alcance de la responsabilidad de los jefes y representantes legales, ya que, a diferencia de lo que ocurre con el mandato que por su naturaleza civil está regulado como un contrato entre particulares a través del cual se procura la satisfacción del interés privado del mandante, en la contratación pública el interés a satisfacer se materializa el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas (S. Tercera, 3 de diciembre, 2007. Rad. 24715), finalidad esta que deberá procurarse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico,

especialmente al principio según el cual los servidores solo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y la ley.

La diferencia teleológica anotada impide la aplicación en materia contractual pública de las normas de ejecución del mandato que autorizan al mandatario a "obrar de la manera que mejor le parezca", "aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante" y a utilizar medios diferentes a los fijados por el mandante, siempre y cuando no se altere la sustancia del mandato y se obtenga el objeto de este, con lo cual solo podría pensarse en una posible aplicabilidad de la regla según la cual el mandatario debe dar cuenta de su administración al mandante, obligación que encuentra regulación especial para el caso de los jefes y representantes legales de entidades estatales en la ley 951 de 2005, que tiene por objeto:

Fijar las normas generales para la entrega y recepción de los asuntos y recursos públicos del Estado colombiano, establecer la obligación para que los servidores públicos en el orden nacional, departamental, distrital, municipal, metropolitano en calidad de titulares y representantes legales, así como los particulares que administren fondos o bienes del Estado presenten al separarse de sus cargos o al finalizar la administración, según el caso, un informe a quienes los sustituyan legalmente en sus funciones, de los asuntos de su competencia, así como de la gestión de los recursos financieros, humanos y administrativos que tuvieron asignados para el ejercicio de sus funciones.

Los artículos 2161 al 2164 del Código Civil se encargan de regular la posibilidad de delegar el encargo conferido al mandante, estableciendo que el mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; que si no estando autorizado expresamente para delegar, lo hace, responde de los hechos del delegado como de los suyos propios; que igualmente responderá por los actos del delegado como

si fuesen los suyos, cuando habiéndosele conferido la facultad de delegar, designe a una persona notoriamente incapaz o insolvente; que cuando la delegación en persona determinada ha sido expresamente autorizada por el mandante, se constituye entre este y el delegado un nuevo mandato que solo puede ser revocado por el mandante; y que la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante, no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado.

Estas normas no tienen aplicación alguna en materia de contratación pública, por existir normas específicas que regulan la facultad de delegación, los sujetos de esta, las funciones que pueden ser objeto de delegación y los efectos que produce, entre otros aspectos, como se tendrá oportunidad de analizar en el capítulo subsiguiente.

Por su parte, los artículos 2165 y 2170 al 2173 del Código Civil establecen un conjunto de prohibiciones al mandatario, que le impiden hacer donaciones no autorizadas; adquirir por sí o por interpuesta persona los bienes que el mandante le haya ordenado vender; vender de lo suyo lo que el mandante le ha solicitado comprar, salvo autorización expresa; tomar en préstamo el dinero que el mandante le haya ordenado colocar, también salvo autorización; y colocar a interés dinero del mandante, excepto en el caso de que exista autorización.

Estas normas en la práctica tampoco tienen aplicación alguna en materia contractual, ya que las facultades de los jefes o representantes legales se sujetan en primera medida a los estatutos de la respectiva entidad y a la ley, existiendo un régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la ley 80 de 1993 y un régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses directamente aplicable a estos mismos funcionarios a partir de los artículos 34 al 41 de la ley 734 de 2002.

En cuanto al incumplimiento del mandato, de los artículos 2157, 2158, 2160 y 2180 se extrae que el mandatario incumple el contrato de mandato cuando no se ciñe a los términos de este, es decir, cuando inobserva el objeto y las obligaciones convencionalmente fijadas; cuando excede las facultades administrativas que se desprenden de la naturaleza y objeto del mandato; y cuando procura la obtención del objeto por medios diferentes a los establecidos por el mandante y las circunstancias concretas no ameritan el empleo de medios diferentes.

Estos eventos de incumplimiento del contrato de mandato por los cuales está llamado a responder el mandatario, en lo referente a la responsabilidad disciplinaria no tienen especial incidencia, pues es la propia ley 734 de 2002 la que establece el catálogo de faltas por las cuales, como servidores públicos, los jefes y representantes legales son llamados a responder disciplinariamente, al igual que las sanciones a las que se exponen.

Finalmente, en materia de indemnización de perjuicios por parte del mandatario y a favor del mandante, el artículo 2173 del Código Civil señala que si el mandatario negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia, norma esta que no puede ser aplicada en los jefes y representantes legales, ya que para efectos del resarcimiento de los perjuicios patrimoniales que la administración pueda sufrir por la acción dolosa o gravemente culposa de esos funcionarios, existe como norma especial la ley 678 del 3 de agosto de 2001, "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

Si como quedó visto, la remisión a las reglas del mandato en realidad no tiene efectos jurídicos prácticos que contribuyan a la delimitación y concreción del principio de concentración de responsabilidad, se procederá ahora a analizar, la

remisión hecha a los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y la justicia.

Para el autor del presente trabajo, esta remisión también resulta desprovista de efectos prácticos e inane, ya que es absolutamente abstracta y remite al operador jurídico y, para los efectos de la presente tesis, al operador disciplinario interesado en definir el contenido y alcance de la responsabilidad de los jefes y representantes legales como servidores públicos a dos conceptos que se caracterizan por su vaguedad, es decir, por estar desprovistos de precisión en cuanto a su contenido significativo, y por su ambigüedad, pues pueden tener distintos contenidos y, por lo tanto, distintas interpretaciones, características que encajan en lo que Hart (1963, pp. 155 y ss.) denominó "textura abierta del lenguaje".

¿Qué es lo justo y qué lo injusto? ¿Qué conducta resulta ética y cuál no?, son preguntas con respuestas personales y subjetivas y con base en las cuales no se puede juzgar disciplinariamente a un servidor público, quien, sin un parámetro objetivo con respecto al cual determinar la conducta que le es exigible, quedaría sujeto a la discrecionalidad y capricho del juzgador de turno.

1.5. Desarrollo jurisprudencial del principio de concentración de la responsabilidad

Hasta la fecha no se ha interpuesto ninguna demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 que haya generado un pronunciamiento específico y directo de la Corte Constitucional sobre su contenido, sin embargo, frente a la razón de ser del artículo 26 en su conjunto, la Corte ha señalado que:

[Este] obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, mantenimiento del equilibrio económico del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como la necesidad de asegurar un mayor equilibrio o balance entre la mayor autonomía de la gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades, o privilegios que se le reconocen y la finalidad del interés público o social a que debe apuntar la gestión contractual de dichas entidades, cual es que ha de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales (obras, bienes, servicios, etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, economía, celeridad y la moralidad en los términos del artículo 209 de la Constitución Política, que garantice no sólo los intereses de la administración, sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual [C. Const., C-004, 1996].

En la misma dirección, el Consejo de Estado (S. Tercera, 3 de diciembre, 2007. Rad. 24715) ha considerado que el artículo 26 de la ley 80 surgió:

Como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual —que no absoluta— el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C. P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen.

Y frente al numeral 5 de esa norma, citando la exposición de motivos al proyecto de ley 149 de 1992, el Consejo de Estado (S. Tercera, 3 de diciembre, 2007. Rad. 24715) sostuvo que mediante ese inciso "se busca evitar que la responsabilidad

derivada de dichas actuaciones termine diluyéndose entre el representante o jefe de la entidad y las personas que integran dichos organismos".

1.6 Conclusiones del capítulo

A lo largo del capítulo que ahora se concluye se expuso, como el legislador con la intención de evitar la dispersión de la responsabilidad en el desarrollo del proceso precontractual y contractual, a través del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, impuso a los jefes y representantes legales de las entidades estatales como deberes intransferibles, la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección.

Se sostuvo que los términos “dirección” y “manejo” incorporados en dicha norma, por carecer de un significado desarrollado, delimitado o especificado por esa misma disposición, se constituyen en conceptos jurídicos indeterminados.

Se señaló que el legislador no ha definido lo que debe entenderse por dichos términos y que al acudir al significado gramatical de los mismos, tampoco se encuentra un contenido que por sí mismo sirva para concretar y delimitar los deberes funcionales que le son exigibles a los jefes y representantes legales como responsables de la “dirección” y “manejo” de la actividad contractual y de los procesos de selección, dada la generalidad, indeterminación y textura abierta propia de estos términos.

Se expuso que el numeral 5 del artículo 26 es un principio y no una regla de aplicación directa, pues se trata de una norma de contenido general que pretende tener efectos sobre todo el proceso contractual; involucra términos de textura abierta y en sí mismo no contiene un juicio de valor concreto y determinado, lo cual demanda del operador jurídico una labor de complementación normativa y aplicación por referencia al contexto material del caso, imposibilitando de plano una aplicación silogística a la manera de las reglas.

Y se demostró, que aunque en la labor de complementación normativa no tiene ninguna utilidad ni efecto práctico, acudir al numeral 4 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 según el cual, las actuaciones de los servidores públicos están presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, en dicha ley existen reglas de aplicación directa como el numeral 7 del artículo 25 y los numerales 1 a 6 del artículo 4 de esa misma ley, que permiten concretar el contenido normativo del principio de concentración de responsabilidad.

En el siguiente capítulo, continuando con la fijación del marco normativo y teórico del presente trabajo de tesis, se hará una presentación del contexto normativo, jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad que les corresponde a los jefes y representantes legales como delegantes en el ámbito contractual.

CAPITULO II

La responsabilidad de los jefes y representantes legales como delegantes en materia contractual

En el presente capítulo, comenzando por la conceptualización de la delegación desde la doctrina y la jurisprudencia nacionales, se expondrá el desarrollo normativo de la facultad de delegación de los jefes y representantes legales en la legislación patria, se identificará el fundamento constitucional y legal de los deberes de control y vigilancia correspondientes a los delegantes y se establecerá la forma en que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han abordado el tema de la responsabilidad del delegante de cara el inciso segundo del artículo 211 superior, según el cual “la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario”.

2.1. Concepto de delegación en la doctrina y la jurisprudencia nacionales

En la legislación nacional no existe una definición de delegación administrativa. Doctrinariamente esta figura jurídica ha sido comprendida como el proceso administrativo a través del cual el titular de un empleo, previa autorización expresa para delegar dada por la autoridad que le asignó la función al cargo, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a otro empleado, normalmente subordinado, para que tome decisiones en una o varias de las funciones de su empleo, asumiéndose las decisiones del delegatario para todos los efectos, requisitos y recursos como si hubieran sido tomadas por el delegante (Hernández, 1999, p. 195).

Jurisprudencialmente ha sido entendida como:

Una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se

produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley [C. Const., C-382, 2000].

Para la jurisprudencia constitucional, la finalidad de la delegación es permitirles a las autoridades públicas diseñar estrategias flexibles para la ejecución de las funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y la consecución de los fines del Estado, recayendo su objeto en la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones a su cargo (C. Const., C-372, 2002).

Para una adecuada comprensión de las características y efectos que la delegación tiene en materia contractual, debe diferenciarse de la desconcentración, comprendida como un proceso administrativo que se presenta en una persona jurídica, por medio del cual las funciones de la entidad son distribuidas en dependencias, áreas funcionales o unidades territoriales (C. Const., C-372, 2002, p. 158). Así, mientras la delegación opera por disposición y voluntad del titular de un empleo, previa autorización expresa para delegar dada por la autoridad que le asignó la función al cargo, la desconcentración opera en virtud de la ley o decreto que crea u organiza la respectiva entidad; y mientras la delegación recae directamente en un funcionario, la desconcentración opera, no sobre un empleado, sino sobre dependencias o áreas funcionales, verbigracia, secretarías de despacho, subgerencias, direcciones.

2.2. La facultad de delegación de los jefes y representantes legales

Con la Constitución Política de 1991 la delegación se elevó a rango constitucional, como forma de ejecución de la función administrativa, junto a la desconcentración y la descentralización de funciones (art. 209), y se autorizó al legislador para fijar las condiciones en que las autoridades públicas podrían delegar (art. 211).

Con la entrada en vigencia de ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el legislador dispuso que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrían delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes (art. 12)⁶, con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos, o los reglamentos aplicables (art. 25, numeral 10).

La ley 80 de 1993 fue reglamentada parcialmente mediante el decreto 679 de 1994, expedido por el presidente de la República y en cuyo artículo 14 se estableció que según lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la ley 80, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrían delegar, en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades, y que cuando se tratara de entidades que no tuvieran dichos órganos directivos, la delegación podría realizarse respecto de contratos cuya cuantía fuere igual o inferior a cien salarios mínimos legales mensuales, igual o inferior al doble de los montos fijados por la ley a la respectiva entidad para que el contrato sea de menor cuantía o no requiera formalidades plenas, y en el caso del Ministerio de Defensa Nacional, que la delegación podría hacerse en relación con contratos hasta por un valor de diez mil salarios mínimos legales mensuales.

Ese mismo año el presidente expidió el decreto 1985, "por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993", y en su artículo primero autorizó a los jefes y representantes legales de las entidades estatales que no tuvieran junta o consejo directivo a delegar la celebración de contratos y demás actos inherentes a la

⁶ Antes de ser modificado por la ley 1150 de 2007.

actividad contractual, siempre que la cuantía no excediera veinte veces los montos fijados por la ley para que el contrato fuera de menor cuantía en la respectiva entidad.

En 1995 el presidente de la República emitió un nuevo decreto, el 2150, "por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", el cual, en su artículo 37, estableció que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrían delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración de la naturaleza o cuantía de estos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

A través de este artículo, aún vigente⁷, al señalarse que la delegación está autorizada "para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos", se está facultando a los jefes y representantes legales de las entidades estatales a delegar la realización de todo el proceso contractual (no solo de los actos preparatorios, sino también de los concernientes a las etapas precontractual y contractual del proceso licitatorio, o a la contratación directa), sin las restricciones de cuantía impuestas por el artículo 14 del decreto 679 de 1994⁸.

Posteriormente fue promulgada la ley 489 de 1998, "por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las

⁷ No fue derogado por la ley 962 del 8 de julio de 2005, "por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos".

⁸ Oñate Araújo (2011, p. 13) afirma: "Podría inferirse que el inciso primero del artículo 12 de la ley 80 de 1993 prevé la delegación en materia contractual estatal únicamente para la celebración de contratos [...] no obstante con una interpretación armónica y en conjunto con el artículo 37 decreto ley 2150 de 1995 debe entenderse que esa norma derogó parcialmente el artículo 12 y 25 numeral 10 de la ley 80 de 1993".

atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 9 se estableció que los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de entidades descentralizadas y organismos que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados, por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente.

Esa misma ley, en el artículo 12 estipuló que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, que la autoridad delegante puede en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y que en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

Tres años después se expidió la ley 678 de 2001, "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición", ley que en su parágrafo 4 del artículo 2 estableció que en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

Y en el año 2007, fue expedida la ley 1150 de 2007, "por medio de la cual se introducen medidas para la eficacia y transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones sobre la contratación con recursos públicos", ley que agregó un segundo inciso al artículo 12 de la ley 80 de 1993, según el cual en

ningún caso los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Actualmente el artículo 12 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, prescribe:

De la Delegación para Contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Una interpretación sistemática y armónica del artículo 12 de la ley 80 de 1993, tal como fue adicionado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, y del artículo 37 del decreto ley 2150 de 1995 nos lleva a concluir que actualmente los jefes y representantes legales de las entidades estatales pueden delegar total o parcialmente la realización de cualquier etapa del proceso contractual, sin límites de cuantía.

2.3. Los deberes de control y vigilancia de los jefes y representantes legales como delegantes

El marco normativo de los deberes de vigilancia y control que le corresponde ejercer al delegante sobre el delegatario encuentra su fundamento constitucional en el artículo 211 superior, según el cual el delegante podrá siempre reformar o revocar los actos del delegatario, reasumiendo la responsabilidad consiguiente, y se desarrolla a nivel legal en los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998 y el 21, inciso 2, de la ley 1150 de 2007. Estas normas adscriben al delegante los deberes

de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas, la facultad de reasumir en cualquier tiempo la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, y conllevan la pretensión legislativa de impedir que en virtud de la delegación los jefes y representantes legales de las entidades públicas se eximan de los deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Frente a este contexto normativo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que en materia de delegación opera el principio de coordinación administrativa, por el cual, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleje cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor (este es el caso de la delegación), la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos (C. Const., C-693, 2008), obligaciones que surgen con ocasión del vínculo que se crea entre delegante y delegatario:

[Un vínculo que] se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas [C. Const., C-372, 2002].

Doctrinalmente los deberes de control y vigilancia se han abordado desde los denominados "control jerárquico" y "principio de jerarquía".

Ayala (1999, p. 114) señala que el control jerárquico es propio de la centralización, la desconcentración y la delegación de funciones, que es aplicado por los

funcionarios superiores respecto de los subalternos o subordinados y que se manifiesta, principalmente, en los poderes de nombramiento, instrucción, disciplinario, retiro del servicio y reforma o revocatoria de los actos de los funcionarios inferiores. En su concepto, implica un control tanto de conveniencia como de legalidad, sobre la totalidad de las actividades del órgano inferior, que se manifiesta en los poderes de mando y decisión, que opera en una misma persona jurídica y en el que se presume que el superior tiene poder de dirección, impulsión y control de las actividades del inferior o subordinado (p. 115). Para este autor el poder de mando es "la facultad de las autoridades superiores de dar órdenes e instrucciones a los órganos inferiores, señalándoles los lineamientos que deben seguir para el ejercicio de las funciones que les estén atribuidas" (p. 117).

Ayala (1999, p. 118) habla sobre el poder de vigilancia, así:

Se realiza por medio de actos de carácter puramente material que consisten en exigir rendición de cuentas, en practicar investigaciones e informaciones sobre la tramitación de los asuntos, y en general en todos aquellos actos que tienden a dar conocimiento a las autoridades superiores de la regularidad con que los inferiores están desempeñando sus funciones.

Y el poder de revisión, lo define como aquel consistente en "otorgar aprobación previa a los actos de los inferiores, suspenderlos, anularlos o reformarlos" (p. 118).

Para Rodríguez (2008, p. 74), el control jerárquico es aquel que ejerce la autoridad superior sobre las autoridades o funcionarios inferiores, con fundamento en su rango y autoridad. En cuanto a la forma de ejercicio de este tipo de control, para ese autor existen dos procedimientos: uno que opera sobre las personas de los funcionarios, el cual comprende las facultades de designación, poder disciplinario y retiro del servicio, y otro sobre los actos de los funcionarios, que comprende las facultades de revocarlos y reformarlos. A estos dos agrega el "poder de

instrucción", que consiste en la facultad que tiene el superior de dar órdenes a sus inferiores y hacer que ellas sean cumplidas.

Para Parejo Alfonso (2007, p. 200), la jerarquía es un principio que tiene por objeto la ordenación de la estructura administrativa de una organización, según el criterio de escalonamiento de los órganos en una línea vertical, conforme a la cual los superiores dirigen la actividad de los inferiores en ella. En la misma línea de los autores citados, la potestad de dirección jerárquica se desagrega en la potestad de nombramiento y disciplina cuando el órgano superior es el competente para nombrar, cesar y sancionar al inferior; en la potestad de dirección en virtud de la cual el superior puede dar órdenes e instrucciones generales y concretas al inferior e incluso avocar la competencia del órgano inferior; y en la potestad de inspección y supervisión del funcionamiento del inferior.

Para Parada (2000, p. 37), la jerarquía es una técnica de distribución de competencias con arreglo a un sistema escalonado y normalmente piramidal, donde los órganos del nivel superior mandan sobre los del nivel inferior.

En cuanto a las facultades o poderes ínsitos en el poder jerárquico, Parada (2000, p. 38) incluye el poder de impulso y dirección de la actividad de los órganos superiores sobre los inferiores a través de normas de carácter interno, como instrucciones y circulares; el poder de inspección vigilancia o control sobre la actividad de los inferiores de oficio o a instancia de queja de parte interesada; la facultad de anular los actos de los inferiores a través de los respectivos recursos; la facultad disciplinaria sobre los titulares de los órganos inferiores; la posibilidad de avocar las competencias delegadas al inferior; y la posibilidad de resolver conflictos de competencia entre órganos inferiores.

Tal y como lo podrá concluir el lector, normativa, jurisprudencial y doctrinariamente los deberes de control y vigilancia que debe ejercer el delegante sobre el

delegatario, se materializan en facultades y deberes generales (instrucción, reforma o revocatoria), cuyo contenido está lejos de ser preciso y concreto.

2.4. Responsabilidad de los jefes y representantes legales como delegantes en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la doctrina no hay unanimidad en lo que a la responsabilidad del delegante se refiere. Para Cárdenas Mejía (1994, p. 219), en la medida en que de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución Política la delegación exime de responsabilidad al delegante, la responsabilidad por el proceso de contratación corresponderá al funcionario en quien se haya hecho la delegación. Por consiguiente, el artículo 26 de la ley 80, en concepto de este autor, no se puede interpretar en el sentido de que la delegación no exime de responsabilidad al funcionario que delega, porque en tal caso la disposición sería contraria a la carta.

Para Matallana Camacho (2005, p. 232), cuando existe delegación "la responsabilidad se transfiere al servidor público a quien se delega, en donde entra a operar el principio de constitucional según el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante y en virtud de la responsabilidad posible de otros funcionarios distintos a los directores de las entidades estatales".

Para Santofimio Gamboa (2000, p. 316):

La delegación exime de responsabilidad al delegante; ésta corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las previsiones del Código Contencioso Administrativo.

En contraposición a las anteriores posturas, Hernández (1999, p. 246), con mucha antelación a la expedición de la sentencia C-372 de 2002, sostuvo que la fórmula establecida en el artículo 211 de la Constitución no podía interpretarse con carácter literal y absoluto, pues permitiría argumentar la absoluta irresponsabilidad del delegante en todos los eventos de delegación. Para ese autor, los artículos 211 de la Constitución y 12 de la ley 489 de 1998 desarrollan solo parcialmente el tema de la responsabilidad en la delegación, ya que se refieren estrictamente a las consecuencias de las decisiones tomadas por el delegatario en ejercicio de la delegación, en donde este es responsable de sus decisiones, por cuanto ha sido válidamente investido de autoridad para decidir. No obstante, continúa Hernández, el tema debe complementarse con los artículos 6, 90, 95, 122, 123 y 124 de la Constitución Política, a partir de los cuales se debe concluir que aunque el delegante no es responsable de las decisiones que tome el delegatario en uso de la delegación, sí lo es por las consecuencias de su decisión: la delegación.

En síntesis, para Hernández (1999, p. 249), la expresión constitucional y legal según la cual "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario" se refiere únicamente a las decisiones que tome el delegatario en ejercicio de la delegación, pero no se aplica, en ningún momento, a las obligaciones y consecuencias de la decisión de delegar por parte del delegante.

Para Gómez Pavajeau (2007, p. 343), el inciso 2 del artículo 211 de la Constitución resulta comprensible en lo que tiene que ver con la responsabilidad individual y propia del delegado, pues lo que se ha querido prohibir es una responsabilidad solidaria, pero no las que puedan derivarse de la principal, accesoriedad y de la comisión por omisión atribuibles al delegante. En concepto de este autor, el inciso 2 introducido en el artículo 12 de la ley 80 de 1993 por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007 consagra una responsabilidad que viene impuesta por los conceptos de responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*, al tenor

de los cuales los jefes o representantes legales "si están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo, y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo. Si, por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa" (p. 344).

Por su parte, Palacio Hincapié (2008, p. 139) considera que artículo 21 de la ley 1150 de 2007, que modifica el artículo 12 de la ley 80 de 1993, consagra una excepción a la regla general de la delegación administrativa, según la cual el delegatario asume la responsabilidad de la gestión delegada y exime al delegante de esta. La excepción, en su concepto, consiste en que, en materia contractual el delegante sigue respondiendo por la actividad precontractual o contractual que delega, con lo que surge una responsabilidad concurrente con la del delegatario, donde el delegante que entrega la función debe seguir controlando y vigilando la contratación.

Y Castro Cuenca (2011, p. 35) manifiesta:

En los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 1150 de 2007 es absolutamente incuestionable que la delegación exime de responsabilidad al delegante, mientras que en relación con los celebrados con posterioridad a esta fecha se exime de responsabilidad, salvo que dentro de las funciones legales o reglamentarias del funcionario se encuentren específicos deberes de vigilancia y control de la contratación, pues de lo contrario se estaría haciendo un claro fraude a la Constitución.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha delineado el ámbito de responsabilidad de los jefes y representantes legales como delegantes, a partir de las interpretaciones que del inciso 2 del artículo 211 de la Constitución Nacional

realizó la Corte en las sentencias C-008 de 2000, C-727 de 2000, C-372 de 2002 y C-693 de 2008.

En la sentencia C-088 de 2000, la Corte declaró exequibilidad del inciso 2 del artículo 40 de la ley 472 de 1998, según el cual, en el campo de las acciones populares y de grupo, "cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho hasta la recuperación total de lo pagado en exceso" y en la parte considerativa de la providencia sostuvo que:

El segmento cuestionado debe también interpretarse de manera sistemática, en consonancia con el artículo 211 de la Carta, que desarrolla el artículo 12 del Estatuto Contractual, a cuyo tenor, el representante legal de la entidad contratante puede delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, caso en el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario [contexto en el cual] debe entenderse que si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo.

En la sentencia C-727 de 2000 se resolvió la demanda de inexecuibilidad presentada contra varias disposiciones de la ley 489 de 1998, entre ellas el parágrafo del artículo 12, según el cual "en todo caso relacionado con la

contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal".

Para el accionante, la norma permite la imputación de responsabilidad objetiva al agente delegante por los actos del delegatario, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, al igual que los principios constitucionales de presunción de inocencia y carga de la prueba, por cuanto "asigna directamente y en forma previa responsabilidad al delegante por el sólo hecho de delegar en materia de contratación".

Para la Corte, una lectura desprevenida podría hacer pensar que entre dicha disposición y el contenido del artículo 211 de la Constitución existe una clara contradicción, toda vez que este último señala que la "delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario". No obstante, aclaró que:

Es preciso hacer una lectura más detenida de la disposición reprochada, para verificar que ella no se refiere a la delegación administrativa en general, que tiene por objeto la transferencia de funciones administrativas, sino a una figura particular que es la llamada "delegación de firma", en donde no opera propiamente ningún traslado de competencias entre el delegante y el delegado, pudiéndose afirmar que éste tan sólo firma, o suscribe un documento por aquél con finalidades de agilización de la función pública. Es por esto que la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato, no tiene por qué trasladarse al signatario, quien no es propiamente el que contrata a nombre de la persona jurídica pública sino tan sólo quien firma el documento [C. Const., C-727, 2000].

Para nuestro tribunal constitucional, la disposición demanda es exequible, ya que el artículo 211 superior se refiere al traslado efectivo de competencias, servicios o funciones, situación que no se da en la llamada delegación de firmas, por lo cual

"la consecuencia subsiguiente del traslado de la responsabilidad no se predica tampoco en esta última figura" (C. Const., C-727, 2000).

En la sentencia C-372 de 2002, la Corte decidió la demanda de constitucionalidad presentada contra el parágrafo 4 del artículo 2 de la ley 678 de 2001, que prescribe que "en materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario".

Para la parte actora, el parágrafo demandado constituye una modalidad de responsabilidad objetiva para el delegante, a quien no se le permite controvertir las pruebas en su contra, con lo que se vulnera la presunción de inocencia. Y no toma en cuenta que al no ser el delegante el autor de la acción, no ha podido obrar con la culpabilidad exigida por los artículos 29 y 90 de la Constitución Política, además de contravenir el contenido del artículo 211 *ibidem*, al tenor del cual "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario".

Según la Corte Constitucional (C-372, 2002), el precepto demandado no establece una forma de responsabilidad objetiva, ya que la ley 678 de 2001, al señalar al juez competente para conocer de la acción de repetición —juez de lo contencioso administrativo—, el procedimiento aplicable —ordinario de lo contencioso administrativo— y al establecer en el artículo 14 que el monto de la condena se cuantificará atendiendo a la participación del agente en la producción del daño, hace de la conducta del servidor público el objeto de análisis en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía, exigiendo la presencia de culpa grave o dolo para determinar si se le debe condenar o no a resarcir a la Administración por el pago que ella haya hecho.

De acuerdo con ese tribunal, la norma demandada tampoco contraviene el sentido del artículo 211 de la Constitución, ya que este, al señalar que "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario", solo regula la hipótesis en la cual el dolo o culpa grave generadora del daño antijurídico proviene exclusivamente del delegatario, mas no los eventos en los cuales haya concurso de dolo o culpa grave de delegante y delegatario, o cuando corresponde solo al delegante, porque "la delegación no constituye un escudo de protección ni de exclusión de responsabilidad para aquél en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía" (C. Const., C-372, 2002). Para la Corte:

La expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento ya que la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas [C. Const., C-372, 2002].

Con fundamento en esa interpretación, se declaró exequible el párrafo cuarto del artículo 2 de la ley 678 de 2001, en el entendido de que el delegante solo puede ser llamado a responder cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en la sentencia C-693 de 2008 se decidió la exequibilidad del inciso 2 del artículo 21 de la ley 1150 de 2007, según la cual "en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual".

El principal argumento del accionante fue la violación del artículo 211 de la carta política de 1991, el cual, en su criterio establece textualmente que la delegación de funciones exime de responsabilidad al delegante, exención que opera en la medida en que el acto administrativo de delegación reúna los requisitos señalados por el legislador en el artículo 10 de la ley 489 de 1998.

En este caso la Corte partió de examinar si se presentaba o no el fenómeno de la cosa juzgada material frente a lo decidido en la sentencia C-372 de 2002, y llegó a la conclusión de que no se estaba ante dicho fenómeno, ya que el párrafo cuarto del artículo 2 de la ley 678 de 2001 se refiere a la no exención de responsabilidad del delegante, únicamente en el caso concreto de la responsabilidad civil que dé origen a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado y a la subsiguiente acción de repetición, mientras que el inciso 2 del artículo 21 se refiere de manera general a la no exención de la responsabilidad *in vigilando* del delegante en todos los casos de delegación en materia de contratación pública.

Aclarado el anterior punto, la Corte analizó si el artículo 211 de la Constitución exime de responsabilidad en forma absoluta al delegante en asuntos contractuales, o si esa exoneración no excluye la responsabilidad *in vigilando* de quien hace la delegación. Para este efecto, la Corte se valió de la sentencia C-372 de 2002 y aclaró que "si bien no constituye cosa juzgada material respecto de la presente demanda, sí contiene una doctrina sobre la interpretación de la anterior norma superior" (C. Const., C-693, 2008), que se puede sintetizar en que la delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el

delegatario que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo y por las cuales responde el delegante siempre que exista dolo o culpa grave en su actuar.

Con este punto de referencia, la Corte concluyó (C-693, 2008):

La interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios recogidos en los artículos 1º, 2º, 6º, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario.

Y declaró la exequibilidad del inciso demandado condicionándolo a la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del delegatario⁹.

Resumiendo, a juicio del autor del presente trabajo de tesis, las consideraciones de la Corte Constitucional en torno a la responsabilidad del delegante pueden ser divididas en dos bloques caracterizados por las diferentes interpretaciones que dan al inciso 2 del artículo 211 superior.

Por un lado están las sentencias C-088 del 2 de febrero de 2000 y C-727 del 21 de junio de 2000, en las cuales se hace una interpretación literal del inciso *sub examine*. En la primera se señaló que:

⁹ Esta sentencia fue objeto de salvamento de voto por parte de Jaime Araújo Rentería, quien consideró que la norma acusada es inconstitucional, por cuanto viola abiertamente el artículo 211 de la Constitución Política de 1991, que clara y textualmente establece que "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario [...] lo cual no admite una interpretación como la que se hace en esta sentencia con el fin de sustentar la constitucionalidad de la no exoneración de responsabilidad del delegante, no obstante que el precepto constitucional dispone lo contrario".

Si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo.

Y la segunda, que la delegación regulada por el artículo 211 es la delegación administrativa general, en cuyo seno tiene lugar un traslado efectivo de competencias, servicios o funciones, que conlleva el traslado al delegatario de la responsabilidad por su ejercicio, diferente del fenómeno de la delegación de firma, donde no hay un traslado de competencias, servicios o funciones y, por lo tanto, tampoco de la responsabilidad consiguiente.

En otra línea se ubican las sentencias C-372 del 15 de mayo de 2002 y C-693 del 9 de julio de 2008, según las cuales el inciso 2 debe interpretarse de manera armónica con los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 de la Constitución, concluyendo que este inciso sólo regula la hipótesis en la cual el dolo o culpa grave generadora del daño antijurídico proviene exclusivamente del delegatario, mas no los eventos en los cuales hay concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario o cuando corresponde sólo al delegante, puesto que la delegación crea un vínculo permanente entre delegante y delegatario, que se manifiesta en las atribuciones de orientación y vigilancia que el primero debe ejercer sobre el segundo y por las cuales responde siempre que exista dolo o culpa grave en su actuar.

Esta última interpretación se ha constituido en la posición dominante al interior de la Corte desde el momento en que se profirió la sentencia C-372, ha sido aplicada regularmente por el Consejo de Estado (Rads. 13503, 2007; 240-01(AP)B, 2008) y

se ha establecido como el "punto de balance constitucional"¹⁰ sobre la interpretación del inciso 2 del artículo 211 de la carta política.

2.5. Conclusiones del capítulo

A través del desarrollo de este segundo capítulo se expuso, que la delegación entendida como un instrumento de gestión administrativa del cual pueden hacer uso los jefes y representantes legales de las entidades estatales para trasladar al delegatario la realización total o parcial de cualquier etapa del proceso contractual sin límites de cuantía, impone al delegante como contracara de dicho traslado, el ejercicio de deberes de control y vigilancia sobre el delegatario, deberes cuyo referente normativo se encuentra en los artículos 211 superior, 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998 y 21 de la ley 1150 de 2007.

Se señaló que normativa, jurisprudencial y doctrinariamente los deberes de control y vigilancia que debe ejercer el delegante sobre el delegatario, se materializan en facultades y deberes generales (instrucción, reforma o revocatoria), cuyo contenido está lejos de ser preciso y concreto.

Y se sostuvo con fundamento en las sentencias C-372 de 2002 y C-693 de 2008, que el inciso segundo del artículo 211 superior, según el cual "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario", sólo regula la hipótesis en la cual el dolo o culpa grave proviene exclusivamente del delegatario, mas no los eventos en los cuales provienen de un concurso entre delegante y delegatario, ni cuando corresponde únicamente al delegante.

¹⁰ "Doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de los jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros" (López Medina, 2006, p. 140).

En el capítulo que sigue, haciendo uso de los referentes normativos y teóricos expuestos en los capítulos I y II, se presentará una primera forma de objetivación de la responsabilidad disciplinaria correspondiente a los jefes y representantes legales como delegantes, cuyo origen se ubica, en la utilización del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 como regla de aplicación directa.

CAPÍTULO III

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria de jefes y representantes legales, a partir de la utilización del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 como regla de aplicación directa

Partiendo de la conclusión plasmada en el numeral 1.3., del capítulo primero, donde se señaló que el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993¹¹ ostenta la condición de principio y del entendimiento de la delegación como una técnica de transformación de ámbitos de responsabilidad individual, en este capítulo con fundamento en el análisis de un caso real fallado por la Procuraduría General de la Nación, se demostrará como, a través de la utilización de dicha norma como una regla de aplicación directa, se puede arribar a una forma de responsabilidad objetiva y solidaria.

3.1. Problemática

Los artículos 13 y 23 de la ley 734 de 2002 caracterizan al derecho disciplinario nacional como un sistema de responsabilidad de carácter individual y subjetivo, estructurado sobre el concepto de infracción al deber funcional. Según el primer artículo, en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, siendo necesaria la demostración de dolo o culpa como presupuesto de la sanción y, de acuerdo con la segunda disposición, constituye falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), que conlleven el incumplimiento o extralimitación en el ejercicio de las funciones propias de un cargo.

¹¹ "La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

Cuando el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 se interpreta y se usa como si se tratara de una regla de aplicación directa, se ignoran los efectos que la delegación produce sobre los ámbitos de competencia y de responsabilidad de los funcionarios que en ella intervienen, se desconoce que el modelo organizacional de las entidades públicas corresponde a la división de funciones por cargo (arts. 6, 122 y 123 constitucionales) y se reduce el juicio de responsabilidad disciplinaria de los jefes y representantes legales a la demostración de esta condición a través de los respectivos actos de nombramiento y posesión; de allí se deriva la calidad de encargado de la dirección y manejo de la actividad contractual y, por esta vía, una vez verificada de manera objetiva la existencia de irregularidad en cualquiera de las etapas que conforman el procedimiento contractual, se les imputa responsabilidad disciplinaria a este tipo de funcionarios, independientemente de si la ejecución directa de la labor estaba a cargo de un funcionario distinto, en virtud de la delegación de funciones, con lo que se los hace responsables a los jefes y representantes legales por deberes que se encuentran fuera de su órbita funcional, vulnerando el principio de personalidad de las sanciones y desconociendo la naturaleza individual y subjetiva de la responsabilidad disciplinaria.

Para ejemplificar la objetivación de la responsabilidad que tiene lugar a través de una utilización del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 como regla de aplicación directa, a continuación se expondrá un caso decidido en primera y segunda instancia y en sede de revocatoria directa por la Procuraduría General de la Nación, conocido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia de unificación y en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el Consejo de Estado.

El contexto fáctico y el fundamento probatorio del caso presentado a continuación se extrajeron a partir de una lectura conjunta y sintética de los diferentes fallos que sobre él se profirieron.

Hechos

El 30 de marzo de 1998, el gerente general del Fondo Nacional de Caminos Vecinales (en adelante, FNCV), Josué Reyes Cárdenas, y el contratista Óscar Mauricio Rodríguez suscribieron el contrato de obra pública 68-0221-0-98, para la construcción de 1.363 metros lineales de cunetas en concreto en la carretera Socorro-Palmas del Socorro, en el departamento de Santander. El contrato se suscribió por un valor total de \$29.999.200 y el plazo fijado para la realización de la obra fue de tres meses.

El 10 de septiembre de 1998, veedores ciudadanos informaron que, vencido el término del contrato, únicamente se habían construido 344 metros lineales y que estaba pendiente la construcción de 1.019 metros.

El 23 de octubre de 1998 el personero municipal de Palmas del Socorro practicó una visita especial al lugar de la obra y constató la construcción de solo 344,75 metros de cunetas. El 23 de marzo de 1999 practicó una nueva visita a la obra y verificó que quedaban por ejecutar 417 metros.

El señor José Gabriel Silva Rivieri reemplazó a Josué Reyes en el cargo de gerente general del FNCV y el 28 octubre de 1998 aprobó el acta de liquidación del contrato, sobre la base de que el 22 del mismo mes Óscar Rodríguez, contratista, Jorge Caro, jefe de la división de Construcciones del FNCV y Luis Gómez, profesional especializado del FNCV designado como interventor por el gerente general, habían suscrito el acta de recibo de obra, en la cual se señalaron como obra ejecutada 1.363,60 metros, por un valor de \$29.900.200 y que el acta de liquidación había sido previamente firmada por Luis Gómez, interventor, y Gustavo Burbano, subgerente técnico del FNCV, delegado por el gerente general para efectos de la liquidación del contrato.

Ante estos hechos, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal el 5 de mayo de 1999 abrió indagación preliminar contra el gerente general, el subgerente técnico y el jefe de la división de construcciones. Contra el primero, por haber aprobado el acta de liquidación del contrato, y contra los dos últimos por haber suscrito las actas de recibo y liquidación de obra, pese a que el contrato había sido ejecutado solo de manera parcial. Calificada la preliminar, se abrió investigación disciplinaria el 28 de octubre de 2000.

El 16 de septiembre de 2002 se formularon cargos contra los investigados y el 23 de abril de 2003 fueron sancionados con destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por cinco años. Esta decisión fue confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y, aunque fue objeto de solicitud de revocatoria directa, el procurador general de la Nación, en fallo del 13 de diciembre de 2003, no accedió a ella y dejó la sanción en firme.

Material Probatorio Obrante en el Expediente

Estaba conformado por: a) El contrato de obra pública 68-0221-0-98; b) las visitas especiales realizadas a la obra por el personero del municipio de Palmas del Socorro, el 23 de octubre de 1998 y el 23 de marzo de 1999; c) las actas de recibo de obras y de

liquidación del contrato; d) las resoluciones por medio de las cuales el gerente general del FNCV delegó la realización de la interventoría del contrato¹², el recibo de las obras y la liquidación del vínculo contractual; e) la resolución en la cual el gerente reglamentó las funciones de los interventores de los contratos de obras públicas que celebrara el fondo¹³; f) la resolución por la que se fijaban las funciones correspondientes a los cargos de subgerente técnico y jefe de la división de construcciones¹⁴; g) la constancia emitida por el coordinador del grupo de recursos humanos del FNCV, en la que certificó las funciones del gerente general¹⁵.

Cargo Formulado contra el Gerente

La imputación disciplinaria fue así:

En su condición de Gerente del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, aprobó en octubre 28 de 1998 el acta de liquidación del contrato No. 68-0221-0-98, como se tiene de folios 35 a 39, que tenía por objeto construir la vía denominada carretera Central-Palmas del Socorro, sector 11, del municipio de Palmas del Socorro

¹² Resolución 529 del 4 de mayo de 1998, por la cual el gerente general designó como interventor del contrato al ingeniero Luis Alfonso Gómez.

¹³ Resolución 532 del 4 de mayo de 1998, cuyo artículo 4 establecía como una de las funciones del interventor: "11. Medir las obras ejecutadas por el Contratista haciendo el recibo mensual de éstas interviniendo personalmente en la clasificación de materiales y demás aspectos técnicos necesarios para elaborar las Actas de Recibo de Obras".

El artículo 5 de esa misma resolución previó además las siguientes funciones:

12. Inspeccionar permanentemente, los frentes de trabajo y presentar por escrito a la Subgerencia Técnica las observaciones que considere necesarias.

13. Preparar y presentar a la Subgerencia Técnica, mensual y trimestralmente los informes de Interventoría.

22. Elaborar y suscribir el acta de recibo final de obra de acuerdo con las normas vigentes y con las especificaciones técnicas respectivas.

26. Preparar todos los documentos necesarios para la liquidación de los contratos de obra, revisando cuidadosamente que las cantidades que aparecen consignadas en las Actas sean exactamente iguales a las de las obras ejecutadas.

¹⁴ Resolución 60 del 2 de febrero de 1998 que asignó al subgerente técnico la función de "dirigir y controlar, las labores de interventoría de las obras públicas que ejecute el Fondo Nacional de Caminos Vecinales" y al jefe de la división de Construcciones la de "asistir a la Subgerencia Técnica en la preparación, elaboración y seguimiento de sistemas de control y supervisión para que los contratos de construcción de obras, consultoría e interventoría se ejecuten conforme a los proyectos, normas y especificaciones correspondientes"

¹⁵ Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la gestión de todas las dependencias del fondo. Suscribir los actos administrativos y celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones y la ejecución de los programas de la entidad, conforme a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias. Ejercer el control administrativo y el de la ejecución presupuestal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y velar porque la ejecución de planes y programas del fondo se adelanten conforme a las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias del Consejo Directivo.

(Santander), comprendiendo un tramo de 1.363,60 metros lineales, y sólo se ejecutaron 946 metros, es decir la obra sólo se había ejecutado parcialmente, actuar con el cual permitió que el contratista recibiera el pago total de una obra que no se efectuó íntegramente, aunado al hecho que la aquiescencia impresa lo fue por el total de lo contratado, cuando está probado que lo convenido no se concluyó [Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005, p. 79].

Tal imputación se dio a título doloso, por cuanto "los disciplinados, conocían perfectamente las consecuencias de su obrar, aprobando y suscribiendo la liquidación y terminación de una obra que no se concluyó satisfactoriamente" [Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005, p. 80].

Descargos

El disciplinado adujo que en las organizaciones se encuentran delimitados los roles de cada funcionario y quien tenía el deber de verificar las condiciones de ejecución de la obra y de levantar el acta de liquidación era el interventor, del cual no se podía presumir la mala fe; que él se limitó a aprobar el acta dejando constancia de que los valores en ella establecidos le constaban a los funcionarios que tuvieron a cargo la liquidación; que no se le podía imponer el deber de trasladarse hasta el lugar de las obras para verificar el cumplimiento de cada uno de los contratos; que no se demostró dolo o culpa en su actuar; y que en su caso confluía el error como causal de ausencia de responsabilidad.

Consideraciones del Fallo Sancionatorio de Primera Instancia

La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal resolvió "declarar probado el cargo endilgado a JOSÉ GABRIEL SILVA en su condición de Gerente del Fondo Nacional de Caminos Vecinales" y "como consecuencia de la declaración anterior, sancionar con pena principal de DESTITUCIÓN A JOSÉ GABRIEL SILVA" [Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005, p. 98].

Como principales argumentos de su decisión adujo que, si bien la conducta de quien ejerció la interventoría al contrato fue determinante para inobservar los fines del Estado [Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005]:

Infelizmente para el disciplinado la responsabilidad de la dirección y manejo integral de la contratación estatal le corresponde al jefe o representante legal de la entidad en el asunto investigado, a él como Gerente General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, no pudiendo en principio separar los actos de su responsabilidad, o resguardarlos en razón de las funciones de sus subalternos, pues él, en condición de Gerente General de la entidad en comento, obra en calidad de servidor de servidor público con el deber de cumplir la Constitución y la Ley, de respetar el ordenamiento jurídico, no siendo aceptable, trasladar a otros la responsabilidad, y menos intentar guarecer su deber indicando que lo allí plasmado le constaba a otros [p. 91].

[Que] la atribución de la vigilancia primaria del contrato en el interventor, quien también está siendo investigado por este organismo de control del Estado, no libera a las más altas autoridades del Fondo de una constante y acuciosa atención sobre su desarrollo, de modo que cuando suscriban los actos de recibo final de obras y de

liquidación del vínculo, deben contar con información fiel sobre el curso de la actividad contractual correspondiente, a fin de tomar las decisiones que convienen a la entidad estatal y no perjudicar con su conducta los intereses de la sociedad, como ocurrió en el presente evento [p. 96].

[Que] Si bien es cierto que el diagrama de flujo de la contratación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales era bastante elevado, amén de tenerse de la probanza pedida y recaudada por los encartados, aproximadamente 1.000 contratos en 1998, época de los hechos investigados, es dable advertir en este proveído que la misión central del extinto Fondo Nacional de Caminos Vecinales, como se tiene consignado en el decreto 2128 de diciembre de 1995, era el de participar en la construcción de la red vial terciaria en todo el territorio nacional y la conservación, mejoramiento, reconstrucción y rehabilitación de la red viaria terciaria que no haya sido transferida a las entidades territoriales; objetivo que el actual Gobierno Nacional dejó solo a una división del Ministerio de Transporte, probablemente como consecuencia de la ineficiencia de la función de quienes les competía ejercerla, como en el caso en estudio [p. 96].

[Que] la afirmación de que aprobó el acta de liquidación del contrato de buena fe, no justifica su comportamiento, pues, el servidor público no debe atenerse simplemente a la buena fe, sino que debe poner la diligencia suficiente en su comportamiento para verificar las razones de su convencimiento y más aún cuando se trata de establecer la obtención de un resultado material pactado mediante un contrato de interés público [p. 96].

[Que] para los disciplinados la falta se imputa definitivamente a título de culpa, pues cada uno de ellos debió conocer el resultado de su actuar pudiendo evitarlo, y se califica como gravísima, por cuanto con el ejercicio irregular de su función permitió el pago de la obra contratada como si se hubiera llevado a cabalidad [p. 97].

Consideraciones del Fallo de Segunda Instancia

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación confirmó el fallo de primera instancia, considerando lo siguiente (citado en C. Const., SU-901, 2005):

El Gerente General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, designó como interventor del contrato al ingeniero Luis Alfonso Gómez Jaimes, profesional especializado Código 3110 Grado 19 del FNCV Regional Santander. Igualmente tanto el Subdirector Técnico como el Jefe de la División de Construcciones fueron delegados expresamente mediante la Resolución No. 036 del 28 de enero de 1998, para efectuar y suscribir las actas de recibo final y liquidación.

[Con lo cual] el control de la ejecución del contrato no correspondía al disciplinado, por haber sido directamente delegados los anteriores servidores, y porque había asumido recientemente el cargo de Gerente [no obstante] sí le correspondía la vigilancia y seguimiento del cumplimiento de estas funciones, desde el momento en que se posesionó en el cargo, y que para el asunto en revisión, se concretó en el momento en que avaló el acto de liquidación. Actividad funcional que se refleja cuando al momento de suscribir el acta de liquidación, al hacerlo en señal de aprobación y para su validez, o para que quedara debidamente en firme, implícitamente reasumió el manejo y dirección de la actividad contractual, en atención de su responsabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual le correspondía ejercer la labor de vigilancia y seguimiento,

verificando los antecedentes que obraran de las acciones efectuadas por los servidores participantes en la ejecución del contrato, y a lo sumo revisar que el acta de recibo final y el informe técnico, sustento primordial de la liquidación, se hubieran diligenciado debidamente y contaran con la información completa para poder dar por recibida a satisfacción la obra.

De la Solicitud de Revocatoria Directa

En fallo del 12 de diciembre de 2003, el Procurador General de la Nación negó la revocatoria del fallo sancionatorio solicitada por José Gabriel Silva, gerente del FNCV, considerando que la revocatoria era una institución para plantear manifiestas vulneraciones de la Constitución y de la ley o de los derechos fundamentales, las cuales no encontró probadas.

Los fallos de la Procuraduría General fueron objeto de revisión en sede de tutela por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-901 de 2005, en la cual para ocho de los nueve magistrados que en ese momento integraban la Corte Constitucional no existió vulneración del debido proceso ni vía de hecho alguna. El Consejo de Estado por su parte, declaró la nulidad de los fallos de la Procuraduría en decisión de 18 de octubre de 2007 proferida dentro del radicado 1127-2004.

Como se puede extraer de los apartes citados y como podrá concluirlo el lector que desee acudir directamente a las providencias citadas, la Procuraduría General fundó la sanción impuesta al gerente general del FNCV en una aplicación taxativa y directa del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993.

La primera instancia partió de señalar que a él como gerente le correspondía la responsabilidad de la dirección y manejo integral de la contratación "no pudiendo separar los actos de su responsabilidad o resguardarlos en razón de las funciones de sus subalternos", para luego sostener que aunque la conducta de quien ejerció la interventoría fue determinante en la materialización de la irregularidad imputada, la labor del interventor no liberaba al gerente general del ejercicio de una "una constante y acuciosa atención sobre su desarrollo" y del deber de contar "con información fiel sobre el curso de la actividad contractual correspondiente, a fin de tomar las decisiones que convienen a la entidad estatal" (Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005, p. 96).

En la decisión de segunda instancia, aunque se aceptó que el control de la ejecución del contrato no correspondía al disciplinado por haber sido delegado en el interventor y mediante la resolución 36 de 1998 en el jefe de la división de construcciones y el subgerente técnico, delegatarios para el recibo de las obras y para la liquidación del contrato, en concepto del *Ad quem*, al suscribir el acta de liquidación en señal de aprobación, el gerente implícitamente reasumió el manejo y dirección de la actividad contractual, razón por la cual le correspondía ejercer la labor de vigilancia y seguimiento, verificando los antecedentes de las acciones efectuadas por los servidores participantes en la ejecución del contrato, y revisar que el acta de recibo final y el informe técnico, sustento primordial de la liquidación, se hubieran diligenciado debidamente y contaran con la información completa para poder dar por recibida a satisfacción la obra.

La Procuraduría General interpretó el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, según el cual "la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma", como una regla de aplicación directa, sin analizar que dada su formulación y abstracción, esta norma se configuró a manera de principio y que por la vía de la aplicación directa y descontextualizada cualquier irregularidad en materia contractual resulta imputable a los jefes o representantes legales de las entidades estatales, independientemente de si se encuentran fuera de su órbita funcional.

Al omitirse el carácter de principio del numeral 5 ya citado, el operador disciplinario se despojó de su deber de interpretar y aplicar la norma por referencia al contexto jurídico y material del caso.

La Procuraduría no delimitó el objeto y la estructura organizativa del FNCV,

regulada por el decreto 2128 del primero de diciembre de 1995, "por el cual se organiza el Fondo Nacional de Caminos Vecinales", y por el decreto 3114 del 30 de diciembre de 1997, "por el cual se aprueba el Acuerdo número 007 del 17 de diciembre de 1997 que establece la estructura interna del Fondo Nacional de Caminos Vecinales".

El juez disciplinario no valoró como se debía, la complejidad y amplitud del objeto social del FNCV, el cual, según el artículo 1 del decreto 2128 de 1995, estaba dado por:

[La] construcción de la red vial terciaria en *todo el territorio nacional* y la conservación, mejoramiento, reconstrucción y rehabilitación de la red vial terciaria que no haya sido transferida a las entidades territoriales y de acuerdo con los recursos asignados en el presupuesto nacional y a los programas que se señalen en los Planes de Desarrollo e Inversiones y los que la entidad programe o convenga [énfasis fuera del texto].

Esa complejidad del objeto social, motivó la creación mediante el decreto 3114 de 1997, de gerencias regionales del FNCV con sedes en los departamentos de Bolívar, Boyacá, Caquetá, Chocó, Córdoba, Meta, Nariño, Putumayo y Santander, con la función de "ejecutar y controlar las obras que adelante la Entidad dentro de su respectiva jurisdicción, así como apoyar a la Gerencia General en el proceso de descentralización y apoyo comunitario".

No estableció la incidencia que en la delimitación de órbitas competenciales y en la definición de ámbitos de responsabilidad disciplinaria tenía el hecho de que en el FNCV, junto al jefe de la entidad, el decreto 3114 de 1997 otorgó funciones contractuales a la subgerencia técnica, a la división de construcciones y a las gerencias regionales.

La primera dependencia tenía a su cargo, entre otras funciones, dirigir y controlar las labores de interventoría de las obras públicas que ejecutara el fondo y coordinar la elaboración de los informes de progreso físico y financiero de los contratos de obras civiles. Por su parte, la división de construcciones debía ejercer supervisión sobre el proceso de contratación y ejecución de las obras de construcción que desarrollara la entidad en coordinación con las regionales.

Tampoco tuvo en cuenta la Procuraduría que el FNCV contaba con gerencias regionales, a cuyo cargo se encontraba la función de dirigir y supervisar el desarrollo de las actividades de construcción y conservación de las vías y de las obras a cargo de la entidad que se adelantaran dentro de su jurisdicción, aspecto trascendental si se toma en cuenta que la ejecución de la obra tenía lugar en el departamento de Santander y no en la ciudad de Bogotá, donde estaba el despacho del gerente.

Y finalmente, no valoró los efectos de las delegaciones conferidas por el gerente general al momento de determinar su responsabilidad disciplinaria, no obstante que al expediente se había anexado la resolución 36 de 1998 (por medio de la cual el gerente delegó en el jefe de la división de Construcciones el recibo de las obras y la suscripción de las respectivas actas de recibo final y en el subgerente técnico la suscripción de las actas de liquidación de los contratos celebrados por esa entidad) y la resolución 529 de 1998 (por la cual el gerente general designó como interventor del contrato al ingeniero Luis Alfonso Gómez, profesional especializado, código 3110, grado 19 del FNCV, regional Santander).

Así, sin realizar una labor previa de determinación y delimitación de funciones y ámbitos competenciales y sin analizar los efectos de las delegaciones existentes en el proceso contractual analizado, la Procuraduría General imputó y sancionó al gerente general del fondo por haber aprobado:

En octubre 28 de 1998 el acta de liquidación del contrato No. 68-0221-0-98, como se tiene de folios 35 a 39, que tenía por objeto construir la vía denominada carretera Central-Palmas del Socorro, sector 11, del municipio de Palmas del Socorro (Santander), comprendiendo un tramo de 1.363,60 metros lineales, y sólo se ejecutaron 946 metros, es decir la obra sólo se había ejecutado parcialmente, actuar con el cual permitió que el contratista recibiera el pago total de una obra que no se efectuó íntegramente, aunado al hecho que la aquiescencia impresa lo fue por el total de lo contratado, cuando está probado que lo convenido no se concluyó [Gaceta Disciplinaria, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2005, pp. 79 y ss.].

Si se analiza con detenimiento el cargo formulado y declarado probado en las decisiones de primera y segunda instancia, podrá observarse que al gerente no se le imputó como conducta constitutiva de falta disciplinaria la omisión o ejercicio irregular de los deberes de control y vigilancia sobre las delegaciones por él conferidas, sino la aprobación del acta de liquidación del contrato, en la cual se hizo constar que este se había ejecutado debidamente, acta cuyo levantamiento se había delegado en el subgerente técnico del fondo y se encontraba sustentada en el acta de recibo final de obra, cuya realización se había delegado en el jefe de la división de construcciones y que contaba con la firma del interventor, que también ostentaba la calidad de delegatario.

Para la Procuraduría, el gerente general del fondo, al suscribir el acta de liquidación en señal de aprobación, implícitamente reasumió el manejo y dirección de la actividad contractual, razón por la cual le correspondía verificar los antecedentes que obraran de las acciones efectuadas por los servidores participantes en la ejecución del contrato y revisar que el acta de recibo final y el informe técnico, sustento primordial de la liquidación, se hubieran diligenciado debidamente y contaran con la información completa para poder dar por recibida a satisfacción la obra.

A partir del numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 y de la condición de gerente general ostentada por el disciplinado, la Procuraduría le adscribió al señor Silva Riviere el deber de revisar y comprobar la veracidad de los hechos consignados en el acta de recibo de obra y el acta de liquidación, lo que habría implicado, como lo puntualizó el Consejo de Estado (S. Segunda, 18 de octubre, 2007. Rad. 1127-2004), en la sentencia que declaró la nulidad de los fallos proferidos por la Procuraduría:

La labor de medir, pesar y comprobar con sus propios ojos la realización de la obra, lo cual resulta imposible de realizar en la coyuntura contractual de una entidad como el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES que realiza disímiles obras públicas y cuya marcha se vería gravemente afectada en espera de la comprobación física del representante legal de realización de las obras [...] En consecuencia, dado que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES es una entidad que suscribía un sinnúmero de contratos de obra pública en el orden nacional y que resultaba para el Gerente imposible dentro de su rol de mantener la dinámica de la contratación de la entidad, auscultar que para el caso sería tanto como desconfiar, del informe entregado por los funcionarios delegatarios, lo cual de admitirse como carga generadora de responsabilidad disciplinaria, implicaría hacer inanes los mecanismos de distribución de competencias que el ordenamiento jurídico autoriza, *dentro de ellos la delegación de funciones, la cual como implica la transferencia de responsabilidades, otorga al funcionario delegatario la autonomía en la realización de su labor* [énfasis fuera del texto].

De esta manera, la Procuraduría, en el cargo formulado al gerente general y por el cual se le sancionó con destitución tanto en primera como en segunda instancia, lo que estableció fue una especie de responsabilidad solidaria en materia disciplinaria, de acuerdo con la cual los jefes y representantes legales de las entidades estatales responden de manera directa por las funciones que corresponden a todos los intervinientes en el proceso contractual, incluyendo los

que han sido objeto de delegación, vía por la cual estos funcionarios pueden resultar sancionados a partir de hechos, conductas o deberes funcionales ajenos, con lo cual se instituye una forma de responsabilidad objetiva desconocedora del principio de personalidad de las penas o sanciones, que impide responsabilizar o sancionar a un sujeto por hechos y conductas ajenas.

3.2. Propuesta de solución de la problemática evidenciada

Con fundamento en las consideraciones expuestas en el numeral 1.3 del capítulo primero, el autor del presente trabajo de tesis propone concebir el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80, según el cual "la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma", no como una regla de aplicación directa, sino como un principio, con el correlativo deber para el operador disciplinario de interpretarlo y aplicarlo por referencia al contexto jurídico y material del caso, es decir, previa delimitación de la estructura organizativa de la entidad de la cual forma parte el jefe o representante legal sujeto pasivo de la acción disciplinaria; previa identificación de las dependencias o unidades con funciones contractuales; una vez identificados los cargos o empleos a los cuales se encuentran adscritas esas funciones y los funcionarios que los desempeñan; determinada la existencia o no de delegaciones y sus efectos de reconfiguración de ámbitos competenciales y, por tanto, de órbitas de responsabilidad individual y previa complementación del principio con una regla o precepto constitucional de aplicación directa que concrete el deber o deberes a cargo del jefe o representante legal.

De esta manera se podrán determinar las órbitas competenciales de cada uno de los intervinientes en el proceso contractual y evitar que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, por vía del numeral 5 del artículo 26 de la ley

80 de 1993, resulten siendo sancionados disciplinariamente por deberes correspondientes a otros funcionarios, con violación del principio de culpabilidad, que impide que la imputación subjetiva de una conducta se realice a un tercero distinto a su autor.

En los numerales subsiguientes se abordará el desarrollo de la presente propuesta.

3.3. Efectos de la delegación en la delimitación de ámbitos competenciales

La delegación no debe ser entendida única y exclusivamente como una técnica de gestión administrativa, sino también, y más importante para el tema objeto de estudio, como una técnica transformadora de ámbitos de responsabilidad individual.

Cuando la delegación ha cumplido con los requisitos que la ley ha establecido para su operatividad, las funciones y responsabilidad del delegante cambian, en tanto en cuanto, ya no deberá responder de manera directa por la ejecución de la tarea asignada por ley o decreto, la cual se pasa a formar parte de la órbita competencial del delegado, sino por el ejercicio de las funciones de control y vigilancia sobre este último.

Con la delegación se reconfiguran los ámbitos de competencia inicialmente asignados a los intervinientes en la gestión contractual. A través de ella el delegante gestiona su ámbito de competencias, transformando sus deberes de ejecución directa de actividades y etapas procesales por el ejercicio de los deberes de control y vigilancia, que tal y como se expuso en el capítulo segundo, se desprenden del artículo 211 superior, y de los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998 y 21 de la ley 11 de 2007.

Delegante y delegatario están llamados a responder en un mismo contexto fáctico, pero por roles funcionales distintos. Cuando se predica la existencia o materialización de una falta disciplinaria en la ejecución de la actividad o tarea delegada, no se puede perder de vista que el responsable directo de la tarea es el delegatario, por lo que no se le puede imputar una responsabilidad directa por su ejecución al jefe o representante legal, que en virtud de la delegación se desprende de la realización personal e inmediata de una actividad para en su lugar asumir las funciones de control y vigilancia y la responsabilidad por la elección del delegatario, quien no solo debe ser un funcionario adscrito a los niveles directivo o asesor, como lo exige el artículo 9 de la ley 489 de 1998 declarado exequible en sentencia C-561 de 1999, sino que además debe ostentar unas calidades profesionales y una experiencia relacionada con el objeto de la delegación que garanticen su aptitud para el desarrollo de la labor encomendada¹⁶.

3.4. Relativización del principio de concentración de la responsabilidad, de cara al contexto fáctico y jurídico del caso

Tal y como se argumentó en el numeral 1.3., del capítulo primero, de cara a los criterios de diferenciación entre principios y reglas esbozados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el numeral 5 del artículo del artículo 26 de la ley 80 de 1993 adquiere, en concepto del autor del presente trabajo de grado, la connotación de un principio y no de una regla de aplicación directa. Lo anterior en razón a que se trata de una norma de contenido general que pretende tener efectos sobre todo el proceso contractual; involucra términos de textura abierta, como son los conceptos de "dirección" y "manejo"; responde a una pretensión o directriz general consistente en evitar la atomización de

¹⁶ La responsabilidad del delegante por la elección del delegatario será analizada con mayor profundidad en el capítulo 4 de esta tesis, donde se desarrolla el tema de la responsabilidad indirecta o refleja del delegante.

responsabilidad al interior del proceso contractual; y en sí mismo no contiene un juicio de valor concreto o determinado, lo que impide una aplicación silogística del mismo y demanda del operador jurídico una labor de complementación normativa y aplicación por referencia al contexto material y jurídico del caso.

Interpretar el principio de concentración de la responsabilidad por referencia al contexto material del caso implica entender que el proceso contractual es una actividad compleja, compuesta por diferentes etapas y subprocesos (Oñate Araújo, 2011, p. 111), que tienen lugar en las entidades estatales, estas conformadas por dependencias, unidades u órganos a los cuales se encuentran adscritos empleos o cargos públicos que son ejercidos por servidores públicos sujetos pasivos de la acción disciplinaria.

Paralelamente, interpretar este principio por referencia al contexto jurídico del caso significa incorporar a la decisión del proceso disciplinario las distintas normas que en nuestro ordenamiento jurídico se encargan de la regulación de ese contexto material.

Estos contextos imponen al juez disciplinario el deber de determinar cómo están organizados o estructurados los sujetos contractuales públicos y cómo se desarrolla la contratación dentro de estos.

El artículo 2 de la ley 80 de 1993 dotó de capacidad contractual tanto a entidades públicas con personería jurídica como a entes estatales carentes de ella¹⁷. A partir del reconocimiento de esta capacidad, el artículo 11 del mismo estatuto otorgó a los representantes legales y jefes de estas la competencia para contratar y, por tanto, la facultad para comprometerlas u obligarlas convencionalmente. A su vez, el artículo 26, numeral 5, de la ley 80 de 1993 ubicó en cabeza de estos

¹⁷ La Corte Constitucional (C-374, 1994) declaró exequible el artículo 2 de la ley 80 de 1993.

funcionarios la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual.

Si analizamos el numeral 5 desde el punto de vista de la estructura organizativa de las entidades estatales, encontramos que este se funda en una concepción estructural lineal o unidireccional, propia de empresas y entidades pequeñas en donde existe un superior jerárquico que monopoliza el poder de mando y decisión, que domina todos los ámbitos de la empresa y que controla y supervisa a todos los funcionarios a él subordinados¹⁸. Bajo esta concepción, si bien hay una división de trabajo, esa división no exime a los jefes y representantes legales de la responsabilidad por el desarrollo y ejecución de todas las etapas del proceso contractual, asumiendo una competencia y responsabilidad, que al menos desde el punto de vista formal aparece como omnicomprendiva.

No obstante lo anterior, haciendo uso de los postulados generales de la teoría del órgano¹⁹, es claro que las entidades con o sin personería jurídica que integran el Estado no operan en materia contractual exclusivamente a través de sus jefes o representantes legales, pues ellas están compuestas por un conjunto de órganos cuyas funciones —establecidas por estatutos contenidos en leyes, decretos, ordenanzas o acuerdos— son ejercidas por personas naturales, a quienes el derecho administrativo laboral agrupa bajo la categoría de "servidores públicos", de la cual forman parte los jefes y representantes legales.

En esta línea expositiva, todas las entidades habilitadas para contratar por el artículo 2 de la ley 80 de 1993 presuponen la presencia y el concurso de personas

¹⁸ Sobre la estructura organizativa lineal o unidireccional, véase Montaner Fernández (2008, p. 46).

¹⁹ Para profundizar sobre la teoría del órgano, véanse Sayagués Laso (1974) y Polo Figueroa (2001).

naturales que dan vida al modelo organizacional de las entidades públicas, el cual corresponde:

A la división de funciones por cargo (C.P., arts. 6º, 122 y 124), en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias [C. Const., C-372, 2002].

Tal modelo organizacional permite, a su vez, el desarrollo de los procesos contractuales que, como acertadamente lo ha establecido la Corte Constitucional (C-372, 2002), "está precedido de un complejo, detallado y acumulativo proceso de participación de funcionarios y especialistas, en ocasiones también de particulares, orientados todos ellos por una visión parcial del resultado que persigue la entidad, con cuya labor se estructura progresivamente la decisión a adoptar".

En palabras de la Corte Suprema de Justicia (S. Penal., 7 de julio, 2010. Rad. 28508):

La celebración de un contrato estatal y su posterior ejecución y liquidación, conlleva la realización de un sinnúmero de actos normalmente realizados a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente a consecuente que perfila uno de los procesos administrativos más complejos. Así, por regla general la tramitación del contrato estatal se asigna a empleados de rango medio de la organización funcionalmente encargados de ejecutar las políticas trazadas por sus superiores, siendo ellos los encargados de señalar o fijar en primera instancia las necesidades por cubrir conforme a los planes y programas previamente autorizados, verificar su costo, determinar las condiciones básicas para su contratación a través de la elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia, comprobar la

existencia de recursos para su cobertura, incluso, asumir por iniciativa propia la labor de convocatoria pública o privada, de recibo y calificación de las ofertas, y hasta presentar al ordenador del gasto concepto sobre aquélla que considera más conveniente.

En este sentido, el operador disciplinario deberá comenzar por establecer cuál es la estructura organizativa de la entidad estatal dirigida por el jefe o representante legal sujeto pasivo de la acción disciplinaria, para lo cual deberá acudir a la ley, decreto con fuerza de ley, ordenanza o acuerdo que crea u organiza a la respectiva entidad, para identificar allí cuáles dependencias u oficinas tienen funciones contractuales y en qué consisten estas.

Establecida la estructura organizativa de la entidad estatal y las dependencias con funciones contractuales, el órgano de control o juez disciplinario deberá identificar los cargos o empleos a los cuales se adscriben las funciones contractuales, así como los servidores que los desempeñan, con lo cual emprenderá la tarea de delimitación de ámbitos competenciales y, por tanto, de ámbitos de responsabilidad disciplinaria.

En este punto, las normas de referencia para el operador disciplinario serán: el artículo 6 de la Constitución Nacional, según el cual los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; el artículo 122 *ibidem*, que preceptúa que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento; y el artículo 123, que prescribe que esas funciones serán ejercidas en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, normas indicativas de que las entidades estatales para la satisfacción de los fines e intereses del Estado se organizan a partir de la división de funciones por cargos.

Es ilustrativo en este aspecto el concepto del profesor Pedro Alfonso Hernández (2010, p. 43):

Las funciones del Estado se distribuyen por niveles, nacional y territorial; luego por sectores y por entidades; al interior de éstas, por dependencias y, finalmente, las funciones por dependencias se asignan o distribuyen a través de empleos públicos. Por ello la máxima del artículo 122 de la Constitución según la cual "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento". Desde esta óptica, en el modelo las funciones por cargo expresan la desagregación de las funciones públicas, delimitan el ámbito de actuación de los servidores públicos y constituyen el referente constitucional para determinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos.

Es en este contexto donde adquieren sentido el numeral 9 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, según el cual en los procesos de contratación también intervendrán las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento, y el artículo 8.1.11 del decreto 734 de 2012, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que prescribe:

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración de funciones, así como las que se derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual.

En torno a los manuales de contratación, el Consejo de Estado (S. Tercera, 14 de abril, 2010. Rad. 36054) consideró que la Constitución Política de Colombia se encargó de delimitar los órganos principales de la estructura del Estado y definir

las competencias entre el legislativo y el ejecutivo, en la conformación de la estructura de la Administración pública. Al primero, el numeral 7 del artículo 150 de la norma fundamental le confía la determinación de aquello que la jurisprudencia constitucional ha denominado la "parte estática de la Administración", que consiste, precisamente, en fijar el número, naturaleza, misiones, órganos principales y funciones generales de las diferentes entidades y organismos administrativos, mientras que al segundo se le reconoce una competencia administrativa que facilita la adaptación de los medios humanos, financieros y materiales a los distintos supuestos sociales, económicos o políticos que condicionan el funcionamiento de todo aparato administrativo.

Para el Consejo de Estado (S. Tercera, 14 de abril, 2010. Rad. 36054), los manuales de contratación se enmarcan en la potestad de autoorganización reconocida a cada entidad estatal, están integrados por normas de carácter interno que regulan relaciones inter orgánicas, y su objeto es la reglamentación de temas administrativos del manejo de la contratación estatal, funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, como la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, es decir, aspectos administrativos del trámite y desarrollo contractual.

Así pues, el numeral 9 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y el artículo 8.1.11 del decreto 734 de 2012, relativizan la estructura lineal o concepción centralizada del proceso contractual, impuesta por el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 al reconocer que en los procesos contractuales junto a los jefes y representantes legales intervienen o participan unidades asesoras y ejecutoras de la entidad, a las cuales se encuentran adscritos empleos con funciones contractuales.

Además de lo anterior, el operador disciplinario deberá analizar la incidencia y efectos que en el proceso de delimitación de competencias tiene el artículo 12 del estatuto contractual, tal como fue modificado por la ley 1150 de 2007 y según el cual "los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán *delegar* total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes"²⁰ (énfasis fuera del texto).

Lo anterior en razón a que en materia administrativa el principio de división del trabajo opera al interior de una entidad estatal a través de la desconcentración y la delegación. Mediante la primera se distribuyen las competencias de una entidad entre sus diferentes áreas funcionales o unidades territoriales, las cuales están a cargo de un funcionario de la entidad (Hernández, 1999, p. 179), y mediante la segunda el titular de un empleo, previa autorización expresa para delegar dada por la autoridad que le asignó la función al cargo, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a otro empleado, normalmente subordinado, para que tome decisiones en una o varias de las funciones de su empleo, con la asunción de dichas decisiones, para todos los efectos, requisitos y recursos, como si hubieran sido tomadas por el delegante (Hernández, 1999, p. 195).

3.5. Conclusiones del capítulo

Resumiendo lo expuesto a través de este tercer capítulo podemos señalar, que para evitar una adscripción de responsabilidad objetiva y solidaria a los jefes y representantes legales que hacen uso de la delegación en materia contractual, el

²⁰ De conformidad con la modificación introducida por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007: "Por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las ctividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso".

numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 debe ser entendido como un principio y no como una regla de aplicación directa.

Concebirlo como principio, implica interpretarlo y aplicarlo por referencia al contexto jurídico y material del caso, esto es, previa delimitación de la estructura organizativa de la entidad de la cual forma parte el jefe o representante legal sujeto pasivo de la acción disciplinaria; previa identificación de las dependencias o unidades con funciones contractuales; una vez identificados los cargos o empleos a los cuales se encuentran adscritas esas funciones y los funcionarios que los desempeñan; determinada la existencia o no de delegaciones y los efectos que en materia disciplinaria tiene la delegación como mecanismo de reconfiguración de ámbitos competenciales; y previa complementación del principio con una regla o precepto constitucional de aplicación directa que concrete el deber o deberes a cargo de los jefes y representantes legales.

En el siguiente capítulo, profundizando en el entendimiento de la delegación como un instrumento de transformación de ámbitos competenciales y a su vez, de ámbitos de responsabilidad individual, se expondrán dos formas de objetivación de la responsabilidad disciplinaria que corresponde a los jefes y representantes legales en su condición de delegantes, cuyo origen se encuentra en la omisión del análisis del carácter indirecto de la responsabilidad del delegante.

CAPÍTULO IV

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria de jefes y representantes legales, a partir de la omisión del análisis del carácter indirecto de la responsabilidad que ostentan como delegantes

En este capítulo, partiendo de las consideraciones realizadas en el numeral 3.3., del capítulo tercero, donde se sostuvo, que cuando la delegación ha cumplido con los requisitos de ley para su operatividad, cambian las funciones y responsabilidad del delegante, quien deja de responder por la ejecución directa de la tarea asignada por ley o decreto, la cual pasa a ser responsabilidad del delegado, para en su lugar asumir el ejercicio de las funciones de control y vigilancia sobre este último, con fundamento en dos casos fallados por la Procuraduría General de la Nación, se develará la existencia de dos formas de objetivación de la responsabilidad disciplinaria que corresponde a los jefes y representantes legales de las entidades estatales en su calidad de delegantes.

4.1. Problemática

La primera forma de objetivación de la que se dará cuenta en este capítulo, tiene ocurrencia cuando desconociendo los efectos que en la transformación de ámbitos competenciales tiene la delegación, se imputa al delegante la autoría material de irregularidades en la ejecución directa de la tarea delegada, responsabilizándolo por deberes correspondientes al marco funcional del delegatario, con lo que se vulnera el principio de culpabilidad que impide que la imputación subjetiva de una conducta se realice a un tercero distinto a su autor, ya que siendo el delegatario el responsable directo de la ejecución del objeto delegado, el delegante no puede ser sancionado a título de autor material de irregularidades en dicha ejecución.

La segunda se presenta, cuando ante la existencia de irregularidades en la ejecución directa de la delegación, se imputa responsabilidad disciplinaria al delegante a título de autoría en comisión por omisión, con fundamento en una “Posición de Garantía” formal, abstracta e ilimitada, derivada de la condición de jefe o representante legal (por ejemplo alcalde o gobernador) y de los deberes generales de dirección, coordinación y control adscritos a dichos cargos, que nada dicen sobre la capacidad real de la que disponía el garante para la evitación del resultado producido, esquivando por esta vía la necesidad de determinar si realmente el jefe o representante legal en el contexto material investigado, estaba en capacidad de evitar el resultado dañino que se le imputó, es decir, si tenía o no un control efectivo y material sobre el delegatario.

Primer caso

Los hechos que a continuación se presentan son una síntesis extraída de los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro del radicado 165-117862-2005, en primera instancia por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2009) y, en segunda, por la Sala Disciplinaria (2009). Los apartes citados entre comillas son una reproducción literal del contenido de los fallos.

Hechos

En el expediente se decidió sobre la responsabilidad disciplinaria del señor Efrén de Jesús Ramírez Sabana, en su condición de gobernador del departamento del Guainía, quien el 22 de noviembre de 2004 suscribió un convenio interadministrativo con el Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (SATENA), cuyo objeto fue el suministro de 206 tiquetes de transporte aéreo para la Secretaría de Educación Departamental, para ser utilizados por docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos ubicados en áreas rurales de difícil acceso, en desarrollo de lo establecido por el decreto 1171 de 2004, por el cual se reglamentó el inciso 6 del artículo 24 de la ley 715 de 2001.

En la cláusula décima segunda del convenio se designó al secretario de Educación Departamental como supervisor de este.

En el desarrollo del convenio, la Gerencia Departamental del Guainía de la Contraloría General de la República remitió un hallazgo disciplinario en el cual informó que en el marco del convenio se utilizaron 120 tiquetes, de los cuales 57 fueron usados por

personal administrativo y no por docentes que laboraran en zonas de difícil acceso.

Por dicha irregularidad, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal inicialmente dispuso la apertura de indagación preliminar en contra del gobernador y luego, con providencia del 27 de septiembre de 2007, ordenó abrir la fase de investigación disciplinaria.

Cargo Formulado

En auto de octubre 22 de 2008 se le imputó al señor Efrén de Jesús Ramírez Sabana, en su condición de gobernador del Guainía, el siguiente cargo:

No vigilar y controlar que la totalidad de los tiquetes de transporte aéreo comprados mediante el convenio interadministrativo No. 113 de 2004, se utilizaran exclusivamente para los fines establecidos en el Decreto Nacional No. 1171 de 2004^[21], en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Departamental No. 463 de 2004, pues al parecer, algunos de ellos fueron utilizados por personal no docente ni directivo docente de establecimientos educativos ubicados en áreas rurales de difícil acceso.

Fallo de Primera Instancia

En el fallo de primera instancia del 28 de mayo de 2009 la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, partiendo de la constatación del uso de 57 tiquetes aéreos por personal administrativo y no por docentes ubicados en zonas de difícil acceso, pero sin pronunciarse sobre la incidencia que tenía en la determinación de la responsabilidad del gobernador la existencia de un supervisor del convenio, profirió fallo en el que sancionó al señor Efrén de Jesús Ramírez con seis meses de suspensión, al encontrar probado el cargo formulado; y con este, la vulneración del numeral 21 del artículo 34 de la ley 734 de 2002:

Que establece que son deberes de los servidores públicos vigilar y cuidar que los bienes del Estado sean utilizados debidamente de conformidad con los fines para los que han sido destinados, al no vigilar el uso de los tiquetes aéreos adquiridos mediante convenio 113 de 2004 y, por el contrario, permitir su utilización indebida al destinarlos a personal administrativo contrariando la normatividad que motivó la celebración del convenio —decreto 1171 de 2004— y el objeto mismo de dicho bilateral.

Fallo de Segunda Instancia

²¹ Este decreto, en su artículo 8, establece:

Previa disponibilidad presupuestal, la entidad territorial certificada podrá conceder un pasaje aéreo de ida y regreso entre la capital del departamento en que laboran y la capital de la República, o su equivalente en dinero, a los docentes y directivos docentes que laboran en las sedes de los establecimientos educativos estatales, ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, correspondientes a los departamentos del Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Guainía, Guaviare, Vichada, Vaupés, Putumayo.

La segunda instancia, a cargo de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en decisión del 8 de octubre de 2009, conformó el fallo del *a quo*, considerando que si bien en la cláusula décima segunda del convenio se estipuló que se designaba como supervisor del mismo al Secretario de Educación del Departamento, y habiendo establecido el Consejo de Estado que:

La interventoría es una especie de delegación que hacen los jefes o representantes legales de las entidades públicas para confiar el control de la ejecución de los contratos [...] siendo por tanto aceptable que como el interventor es un representante de la entidad para la ejecución de la obra es un delegatario de un funcionario delegante —representante legal—.

Se debía tener en cuenta que con respecto a la delegación, la Corte Constitucional ha establecido que junto al artículo 211 superior:

Existen otras normas constitucionales y legales que le imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular (artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209, y los artículos 10 y 12 de la Ley 489 de 1998).

Concluyendo que:

"Así las cosas, al Gobernador se le ha cuestionado el desconocimiento de ese deber que tenía de vigilar y controlar que los tiquetes se entregaran a los docentes y docentes directivos, con independencia del deber que también tenía la Supervisora del convenio, *a quien desafortunadamente no se vinculó a la presente investigación*" (énfasis fuera del texto).

"No puede pretenderse que se excuse de responsabilidad al disciplinado por el hecho de que la Secretaría de Educación haya recibido y entregado los tiquetes, toda vez que al Gobernador no se le cuestiona directamente por ello, sino por el desconocimiento de su propio deber de no haber vigilado y controlado la entrega de tiquetes".

"De todo lo expuesto, debe concluirse que *la conducta de falta de vigilancia y control en la entrega de los tiquetes es atribuible al disciplinado en su condición del Gobernador del Guainía, por encontrarse dentro de sus deberes funcionales como ordenador del gasto y responsable de la actividad contractual de la entidad territorial*" (énfasis fuera del texto).

Como se puede observar, al gobernador del Guainía la Procuraduría General le formuló cargos disciplinarios y posteriormente lo sancionó en primera y segunda instancias, por no vigilar y controlar que los tiquetes aéreos comprados mediante el convenio administrativo 113 de 2004 se utilizaran solo por personal docente que laborara en establecimientos educativos de difícil acceso, conducta con la cual, según el órgano de control, el sancionado vulneró el numeral 21 del artículo 34 de

la ley 734 de 2002, que establece como deberes de todo servidor público, vigilar y cuidar que los bienes del Estado sean utilizados de conformidad con los fines para los que han sido destinados.

La Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, fungiendo como *a quo*, vinculó al proceso disciplinario únicamente al gobernador y omitió la vinculación del secretario de Educación Departamental designado en el convenio como supervisor de este, quien en tal condición tenía a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato.

Aunque la Sala Disciplinaria de la Procuraduría que conoció la segunda instancia observó que dentro del convenio administrativo se había designado como supervisor al mencionado secretario, supervisor que esa misma instancia equiparó a un interventor²² y lo reconoció siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado como delegatario del representante legal²³, consideró que la conducta de falta de vigilancia y control en la entrega de los tiquetes era atribuible al gobernador, por encontrarse dentro de sus deberes funcionales como responsable de la actividad contractual de la entidad territorial, independientemente de la labor correspondiente al supervisor.

²² El supervisor y el interventor en el contexto de la contratación estatal se encargan, en representación de la entidad estatal, de la vigilancia, control y verificación de la ejecución de los contratos o convenios suscritos. Las funciones de uno y otro son iguales, y la diferencia en su denominación se debe a que el interventor es un tercero contratista independiente de la entidad y el supervisor es un funcionario de esta designado para los mismos fines y propósitos; mientras el interventor puede ser persona natural o jurídica, el supervisor, por ser funcionario de la entidad, siempre será una persona natural.

²³ La jurisprudencia del Consejo de Estado expresamente citada por el *ad quem* ha señalado que la interventoría es una modalidad de la delegación, "porque a la postre el interventor es quien tiene a su cargo el control de la ejecución de la obra cuya titularidad radica en los representantes legales, siendo por tanto aceptable que como el interventor es un representante legal de la entidad para la ejecución de la obra es un delegatario de un funcionario delegante —representante legal—" (C. E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2007)".

La Procuraduría General de la Nación en sus decisiones de primera y segunda instancia no tuvo en cuenta que al haber designado como supervisor del convenio al secretario de Educación del departamento, dignación que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, equivale a una delegación, el gobernador gestionó su ámbito competencial adscribiendo a dicho secretario la realización directa del control y vigilancia sobre la ejecución contractual, para en su lugar asumir los deberes de control y vigilancia sobre la conducta del delegatario.

Por lo anterior, no era viable técnicamente imputar responsabilidad disciplinaria y sancionar al gobernador por "no vigilar y controlar que la totalidad de los tiquetes de transporte aéreo comprados mediante el convenio interadministrativo No. 113 de 2004, se utilizaran exclusivamente para los fines establecidos en el Decreto Nacional No. 1171 de 2004", ya que dada la redacción del cargo en este, se recriminó una no ejecución del deber de control y vigilancia sobre la ejecución del convenio, deber que a través del propio convenio se había delegado en cabeza de su supervisor.

En virtud de la delegación existente, el gobernador no ostentaba una responsabilidad directa frente al control y vigilancia de la ejecución del convenio, sino indirecta por omisión o ejercicio irregular de los deberes de control y vigilancia sobre el delegatario. En este sentido, el cargo formulado y sancionado estuvo indebidamente estructurado y, a partir de este, se sancionó al gobernador del Guainía por un deber que había salido de su ámbito competencial, con lo que se vulneró el principio de culpabilidad que impide responsabilizar o sancionar a un sujeto por hechos o conductas ajenas y se configuró una forma de responsabilidad objetiva, en la cual, independientemente de cuáles sean los deberes concretos del delegante, este debe también responder de manera directa por las funciones y deberes adscritos al delegatario.

Segundo caso

Los hechos que a continuación se presentan son una síntesis extraída de los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro del radicado 162-125096-05, en primera instancia por Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública (2009) y, en segunda, por la Sala Disciplinaria (2010). Los apartes citados entre comillas son una reproducción literal del contenido de los fallos.

Hechos

En el expediente se decidió sobre la responsabilidad disciplinaria del señor Pablo Ardila Sierra, en su condición de gobernador del departamento de Cundinamarca y de Alexandra Lozano Vergara, quien para la época de los hechos se desempeñaba como secretaria general de la gobernación de ese mismo departamento, por presuntas irregularidades derivadas de la selección, adjudicación, celebración y ejecución del contrato de prestación de servicios No. 026 del 8 de septiembre de 2004 suscrito con la firma REIMPODIESEL para el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo con suministro de repuestos y mano de obra del parque automotor de la gobernación.

El contrato 026 de 2004 fue suscrito por la secretaria general de la gobernación en virtud del decreto departamental No. 0180 de junio 30 de 2004 que le había delegado la facultad de adjudicar, contratar y liquidar contratos.

En ese mismo decreto se estableció que el control de la ejecución de los contratos y convenios se realizaría a través de interventores o supervisores designados por el ordenador del gasto, los cuales debían reportar sus actividades a la secretaria general quien debía mantenerse personal y permanentemente informada del desarrollo del contrato.

Según el manual de funciones de la gobernación, adoptado mediante la resolución No. 0022 de enero 19 de 2004 a la secretaria general le correspondía realizar el seguimiento de los contratos relativos a la adquisición y mantenimiento de los bienes y servicios de departamento.

La interventoría del contrato estaba a cargo del señor José Santos Puentes Barreño, profesional universitario adscrito a la dirección de Servicios administrativos de la gobernación de Cundinamarca.

En informe de auditoría de abril 20 de 2005 rendido por la Contraloría Departamental de Cundinamarca, se detectaron inconsistencia en la factura AP-9474 expedida con ocasión de la ejecución del contrato 024 de 2004. A partir de ese informe, la secretaria general ordenó el 16 de mayo de 2005, la realización de una auditoría a la ejecución del contrato a través de la oficina de control interno, en el marco de la cual se establecieron irregularidades consistentes en sobrecostos, pago de trabajos no ejecutados y utilización de repuestos innecesarios.

Mediante resolución No. 813 de octubre 12 de 2005 la secretaria general declaró el incumplimiento del contrato 026 de 2004 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal.

El 14 de marzo de 2006 la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública ordenó la apertura de indagación preliminar, el 28 de marzo de 2007 dispuso la apertura de investigación disciplinaria, formuló pliego de cargos el 3 de abril de 2009 y profirió fallo de primera instancia el 28 de octubre de 2009. La segunda instancia estuvo a cargo de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que decidió el recurso de apelación mediante auto de octubre 26 de 2010.

Cargo Formulado

En auto de abril 3 de 2009 se le imputó al señor Pablo Ardila Sierra, en su condición de gobernador de Cundinamarca, el siguiente cargo:

Posible incumplimiento de su deber funcional de dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento, omitiendo el cumplimiento de sus deberes que en su **posición de garante** de los intereses de la entidad territorial le correspondía, pues valiéndose de las figuras de la delegación y desconcentración de funciones, abandonó en la Secretaria General de la entidad el ejercicio de la actividad contractual, y la ejecución del contrato celebrado con REIMPODIESEL para el mantenimiento del parque automotor, sin mostrar el más mínimo interés, ni observar el deber de cuidado para resolver la situación, no obstante que dicha contratación había sido blanco de las críticas de los medios de comunicación, despojándose de su responsabilidad, incumpliendo su función de control, y orientación para el cumplimiento de las funciones que había delegado y desconcentrado en la Secretaria General. [Negrilla fuera de texto].

La falta se calificó como grave y se consideraron como vulnerados el numeral 2 del artículo 305 de la Constitución Política, los deberes contenidos en los artículos 8 y 10 de la ley 489 de 1998, los numerales 1, 4 y 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 y los deberes impuestos en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002.

A Alexandra Lozano Vergara, secretaria general de la gobernación de Cundinamarca se le formuló el siguiente cargo:

Posible inobservancia del principio de responsabilidad, al omitir su obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual, y de proteger los derechos de la entidad, permitiendo la posible sobre facturación en el cobro de repuestos y trabajos facturados no realizados, sin que se hubiera definido un proceso para el mantenimiento de los vehículos que garantizara el control y determinación de las responsabilidades de cada uno de los funcionarios, así como lo dispuesto en el manual de funciones, desconociendo los fines de la contratación y el principio de responsabilidad, toda vez que es deber de los servidores públicos vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, proteger a la entidad y observar las reglas sobre administración de bienes anejos de una manera ética y justa.

La falta se calificó como grave y se consideraron como vulnerados los numerales 1 y 4 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 y el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, por incumplir la ley y reglamentos.

Fallo de Primera Instancia

En el fallo de primera instancia del 28 de octubre de 2009 la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública encontró probados los cargos antes citados y sancionó al gobernador de Cundinamarca y a la secretaria general de la gobernación con suspensión por el término de 6 meses. Las consideraciones realizadas frente a la responsabilidad disciplinaria del gobernador como delegante fueron las siguientes:

El objeto de reproche al Gobernador PABLO ARDILA SIERRA, versa sobre el incumplimiento de su deber funcional de dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento, al abandonar en la Secretaria General el ejercicio de la actividad contractual, sin siquiera interesarse de su desarrollo, valiéndose de las figuras de la delegación y desconcentración de funciones, olvidando que en su **posición de garante** de los intereses del departamento, debía informarse permanentemente de su desarrollo, más aún cuando la celebración del contrato había sido tan cuestionada, infringiendo el deber objetivo de cuidado, lo que propició de una parte el desconocimiento de los fines de la contratación, los principios de transparencia y responsabilidad y el deber de selección objetiva por parte de su delegataria, originando posibles sobre costos, pago de trabajos no ejecutados, utilización de repuestos cuando no era necesario, sin que al parecer hubiera tenido el debido cuidado en el seguimiento de su ejecución. [Negrilla fuera de texto].

De lo anterior, se desprende que como consecuencia de su omisión, de una parte, permitió el posible desconocimiento del deber de selección objetiva, al evidenciarse un posible ánimo de favorecer a la firma REIMPODIESEL con la adjudicación del contrato, y de otra parte, las irregularidades derivadas de la ejecución del contrato No. 026 de 2004, lo que propició la sobre facturación en los repuestos y mano de obra

Según se infiere de los documentos recaudados durante el proceso, no existe prueba alguna de la gestión del Gobernador, durante la ejecución del contrato No. 026 de 2004, ni siquiera cuando la Secretaria General encargada LIZA PAOLA GRUESO CELY, declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios SG-026 de 2004, ordenando hacer efectiva la cláusula penal, a través de la Resolución No. 00813 del 12 de octubre de 2005, con fundamento en el informe de auditoría rendido por la Contraloría Departamental el 20 de abril de 2005.

Es importante anotar que si bien el Gobernador delegó y desconcentró funciones, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 12 de la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998, no debe confundirse la responsabilidad que le compete tanto al delegante como al delegatario, quienes responden por sus propias actuaciones, sin que ello signifique que el responsable abandone las funciones en el delegatario.

Ahora bien, teniendo en cuenta las exculpaciones presentadas por el apoderado del disciplinado y los documentos que reposan en el expediente, es claro que por virtud del decreto No. 00180 de 2004, la actividad contractual del departamento de Cundinamarca estaba en cabeza de la Secretaria General y de la Unidad de Contratación Departamental, pero si bien no existe prueba alguna que permita inferir que el Gobernador fue informado formalmente por alguno de los funcionarios o por el interventor de los problemas relatados, ni que el doctor ARDILA SIERRA participara en el proceso licitatorio, de adjudicación, terminación y liquidación del contrato No. 026 de 2004, del material probatorio recaudado, se desprende que en

el ejercicio de su **calidad de garante** de los intereses del departamento, incumplió su función de vigilancia y control sobre la actividad delegada, descuido que propició la ocurrencia de las irregularidades anteriormente referidas. (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, se advierte que el disciplinado en su condición de Gobernador de Cundinamarca, incumplió su deber de dirigir, coordinar y controlar las actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad, y en su **posición de garante** de los intereses del departamento que por razón de su cargo le corresponde, inobservó el principio de responsabilidad, pues en virtud del mismo, le corresponde la dirección y manejo de la actividad contractual, además de los deberes inherentes a la delegación y desconcentración de funciones contenidos en los artículos 8 y 10 de la ley 489 de 1998, que imponen a los Jefes o representantes legales la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de sus delegaciones, e impartir las orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas, y por el contrario, el disciplinado teniendo la capacidad de evitar lo sucedido y de enterarse de la situación no actuó, fue totalmente indiferente frente a lo que estaba ocurriendo, desconociendo con ello lo dispuesto los artículos 305 numeral 2 de la Constitución Política, 8 y 10 de la ley 489 de 1998, los numerales 1, 4 y 5 artículo 26 de la ley 80 de 1983 y el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, por cuanto es deber de todo servidor público, cumplir con la constitución, la ley y reglamentos, mandato que el disciplinado incumplió adecuándose la conducta a lo definido en el artículo 23 del mismo ordenamiento, como falta disciplinaria. (Negrilla fuera de texto).

Fallo de Segunda Instancia

La segunda instancia, a cargo de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en decisión del 26 de octubre de 2010, revocó la sanción impuesta al gobernador por considerar que su actuación fue a título de culpa leve, y redujo el término de suspensión de la secretaria general de 6 a 2 meses. Las consideraciones efectuadas frente al señor Pablo Ardila Sierra en su condición de gobernador de Cundinamarca fueron las siguientes:

El gobernador del departamento de Cundinamarca, doctor Pablo Ardila Sierra, delegó en la secretaria general de la entidad territorial, doctora Alexandra Lozano Vergara, parte de la actividad contractual cuya titularidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, le atribuye el ordenamiento jurídico, y a su turno, ésta suscribió el contrato No. 0026 de 2004 con la sociedad comercial Reimpodiesel S.A., y luego designó a un servidor público de la gobernación del departamento, doctor José Santos Puente Bareño, como interventor del contrato, sin que obre el acta de designación en el expediente, pero el nombramiento es corroborado por el propio designado en el oficio de descargos. (fl. 339 C.O. 2).

Así, no se cuestiona al acto de delegación sino el desligamiento de las funciones consecuenciales que nacían en virtud de éste: la vigilancia; en efecto, el artículo 211 de la Constitución determina que la «delegación exime de responsabilidad al delegante» y que la misma «corresponderá exclusivamente al delegatario», pero tales expresiones no pueden ser tomadas de manera descontextualizadas, pues la misma Carta postula un sistema de responsabilidad subjetiva de todo servidor público quien responde por las acciones u omisiones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 y 209); y lo que en realidad pretende normar el precitado artículo es una fórmula de exclusión de la responsabilidad «solidaria» u

«objetivista».

La Corte Constitucional ha considerado que la misma Constitución contempla otras normativas que imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular Arts. 1, 2, 6, 123, 124 y 209 (SC-372 de 2002), pero que tampoco ha de entenderse que la delegación signifique que el delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario, pues esta interpretación desconocería el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, por lo que con ocasión del estudio de la responsabilidad patrimonial de los delegantes en materia contractual (parágrafo 4° artículo 2° de la Ley 678 de 2001) declaró exequible dicha normativa en el entendido que «sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones».

Esta misma interpretación fue reiterada en la sentencia C-693 de 9 de julio de 2008, proferida en virtud de la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso segundo del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 y lo declaró exequible en el entendido según el cual «el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.

Ahora, cuando existe acuerdo entre delegante y delegatario para realizar conductas reprochables materializadas por el segundo, o cuando por cualquier medio el primero lo determina, se da el fenómeno de la «determinación»; el delegante será determinante, y el delegatario el determinado o autor material (Art. 26 CDU), **pero si es el delegatario quien realiza autónomamente las conductas reprochables y el delegante no realiza el debido control, bien porque sabiendo sobre ello se abstiene de hacerlo (dolo) o porque la abstención es producto de la negligencia en el control (culpa), al delegatario se le imputa autoría material, y al delegante comisión por omisión en modalidad de autoría (Art.27, inc. 2° CDU); esta última situación es la que se la ha endilgado en el presente investigativo.** [Negrilla fuera de texto].

Entonces, si la doctora Lozano Vergara permitió la sobre facturación en el cobro de los repuestos y trabajos no realizados por la sociedad comercial Reimpodiesel S.A., sin que se hubiera definido un proceso para el mantenimiento de vehículos que garantizara el control y determinación de las responsabilidades de cada uno de los funcionarios fue porque no desplegó las acciones vigilativas necesarias para que en consonancia con el interventor se pudiera verificar el pleno cumplimiento del objeto contratado por la entidad pública, y por ello, su grado de culpa fue calificado como grave, pero resulta imposible atribuirle ese mismo grado de atribución culposa al gobernador de Cundinamarca porque siendo más extendida la cadena de delegaciones (gobernador - secretaria general - interventor) no puede ser exigible el mismo nivel de cuidado, por lo que su culpa de ser calificada como leve, la cual no es sancionable por el derecho disciplinario.

En el anterior caso el *a quo* derivó la existencia de una “posición de garante” en cabeza del disciplinado por razón de su condición de gobernador y como tal

encargado de “dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento” y con fundamento en dicha posición y en los deberes de dirección y manejo de la actividad contractual (principio de concentración de responsabilidad) y de control y vigilancia que debía ejercer sobre la delegataria, lo consideró responsable de haber “propiciado” el desconocimiento de los fines de la contratación y de los principios de transparencia y responsabilidad por parte de su delegataria, originando sobrecostos, pago de trabajos no ejecutados y utilización de repuestos que no eran necesarios.

La segunda instancia por su parte, partiendo de señalar que cuando el delegatario realiza autónomamente las conductas reprochables y el delegante no realiza el debido control, bien porque sabiendo sobre ello se abstiene de hacerlo o porque la abstención es producto de la negligencia en el control, al delegatario debe imputársele autoría material y al delegante autoría en comisión por omisión, afirmó que esta última modalidad de autoría fue la que se imputó al gobernador de Cundinamarca y que en el caso del señor Pablo Ardila Sierra, su actuación se dio a título de culpa leve ya que “la cadena de delegaciones gobernador – secretaria general – interventor” impedía exigirle al gobernador el mismo nivel de cuidado que debía haber observado la secretaria general.

En concepto del autor del presente trabajo de tesis, la Procuraduría General de la Nación realizó un indebido análisis de la posición de garante como elemento inherente a la comisión por omisión y al derivarla única y exclusivamente de la existencia de un cargo (el de gobernador), cargo al cual se encontraba adscrita la función de “dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento”, hizo de la posición de garante tan solo la unión de dos palabras a través de una preposición, un concepto meramente formal desprovisto de un contenido concreto, a partir del cual los jefes y representantes legales siempre y en todos los casos ostentaran una posición de garantía pues a su cargo siempre van a estar deberes generales de dirección, coordinación y control sobre sus subordinados y delegatarios.

Si los jefes y representantes siempre van a ser garantes de la actuación de sus subordinados y delegatarios, siendo la posición de garantía el elemento dogmático por cuyo intermedio se construye la equivalencia estructural entre omisión y acción fundada en la existencia de un deber de actuar dirigido a la evitación de resultados dañinos, al derivarla únicamente de un cargo como el de gobernador y del deber general antes citado, nada se está diciendo sobre la capacidad real de la que disponía el garante para la evitación del resultado producido.

Así, a través de una posición de garantía meramente formal, carente de un contenido concreto, el operador disciplinario esquivó la necesidad de determinar si realmente el jefe o representante legal en el contexto material investigado, estaba en capacidad de evitar el resultado dañino que se le imputó, si tenía o no un control efectivo y material sobre el delegatario.

En el caso expuesto, aunque la segunda instancia señaló que la cadena de delegaciones: gobernador-secretaría general-interventor, generaba un menor grado de culpa para el gobernador, en ninguna parte de dicha providencia se determinó si realmente en el contexto fáctico investigado, el disciplinado en su condición de delegante estaba o no en capacidad de evitar las irregularidades acaecidas en la ejecución de la tarea delegada.

4.2. Formas de autoría en materia disciplinaria

La autoría en materia disciplinaria se encuentra regulada y delimitada por los artículos 26 y 27 de la ley 734 de 2002 según los cuales:

Artículo 26. Autores. Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función.

Artículo 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

De estas dos normas se extrae, que en el marco de la ley 734 de 2002 el legislador optó por un concepto unitario de autor estructurado sobre la infracción del deber funcional, bajo el cual, de un lado desaparece la distinción propia del derecho penal entre autor y partícipe -entendiéndose como partícipe aquél que concurre como interviniente en el hecho de otro-, haciendo de todo interviniente un autor ya que el sujeto disciplinable responde siempre por la infracción de un deber propio y no por su contribución en la violación de uno ajeno (Suárez Sánchez, 1998, p. 32), y de otro, se considera autor de la falta disciplinaria a quien infrinja el deber funcional a su cargo, independientemente de si tuvo el dominio de todos los hechos que contribuyeron en la producción del ilícito disciplinario (p. 36).

En este escenario, en el marco de la ley 734 de 2002 es dable hablar de autor material, entendiendo por tal, aquel destinatario de la ley disciplinaria que realiza la conducta típica descrita legalmente como falta disciplinaria (Isaza Serrano, 2009, p. 309); de coautor, siendo este quien con otro u otros mediante la división de trabajo ejecuta la acción o acciones constitutivas de falta disciplinaria (Suárez Sánchez, 1998, p. 64); de determinador, cuando un destinatario de la ley disciplinaria si bien no ejecuta directamente el acto constitutivo de falta, ejerce una influencia determinante en el autor material a través de instigación, inducción, consejo (Isaza Serrano, 2009, p. 309); y de autor en comisión por omisión cuando, quien teniendo un deber funcional de impedir un resultado dañino, no lo evita habiendo tenido la oportunidad de hacerlo.

Sobre esta última forma de autoría es preciso realizar algunas consideraciones, necesarias para contextualizar la segunda forma de objetivación expuesta en el

primer acápite del presente capítulo y facilitar la comprensión de propuesta que frente a la misma se formulará en esta tesis.

La comisión por omisión fue la respuesta doctrinal y legal a la dificultad de hallar una causalidad natural en la omisión impropia (Silva Sánchez, 2006, p. 440). Así, ante la imposibilidad de hablar de causalidad, en tanto en cuanto, de la no realización de la actividad esperada no puede afirmarse la producción de un determinado resultado o la puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado (Bernate Ochoa, 2010, p. 275), la doctrina habla de una “cuasi-causalidad” que surge cuando la acción omitida hubiera impedido el resultado, existiendo diferencias en torno al grado de “posibilidad”, de “seguridad” o de “probabilidad” con que la acción esperada hubiera podido evitar el resultado (p. 273).

En el ámbito penal se han considerado como elementos propios de la comisión por omisión: la situación típica entendida como el supuesto de hecho descrito en la norma del cual surge el deber jurídico de actuar; la no realización de la acción esperada; la existencia de capacidad individual de acción, es decir, que el sujeto omitente hubiera estado en condiciones de cumplir con la acción esperada y evitar el resultado lesivo; la posición de garante entendida como aquella situación en que se encuentra una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico de actuar para evitar la producción de un resultado típico; el acaecimiento del resultado que la norma busca evitar; y el nexo de imputación entre la conducta omisiva y el resultado, nexo determinado por la seguridad o probabilidad de que el resultado se hubiera podido evitar con la ejecución de la acción esperada (Bernate Ochoa, 2010, p. 268 y 273).

Sobre la comisión por omisión en materia disciplinaria Sánchez Herrera (2007, p. 47) ha sostenido que:

Por omisión impropia o comisión por omisión se entiende aquella en que el servidor público, teniendo el deber de hacer, por encontrarse en posición de

garante, omite el deber. El criterio para imputarla deviene no del incumplimiento de un deber expresamente contenido en la ley, sino en no impedir un resultado que estaba en posibilidad de evitar. Para que se presente este tipo de omisiones es necesario que se esté en presencia de una falta de resultado. En punto de este requisito debe tenerse en cuenta que en materia disciplinaria las faltas no son de resultado, por lo tanto es admisible que exista comisión por omisión el faltas de infracción de deber como ocurre por ejemplo con las conductas referidas a la contratación estatal, en ellas sería posible atribuir una conducta de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales, cuando por citar un caso, el delegante no impidió la celebración del convenio estatal a pesar de tener noticia de la irregularidad por parte del delegatario. Como segundo requisito en la atribución de estas conductas es necesario acudir a la cláusula de equivalencia o transformación contenida en el artículo 27 de la ley 734 de 2002, y en tercer lugar es preciso la existencia de posición de garante del sujeto activo frente al pasivo. Posición de garante que impone el deber jurídico de impedir el resultado.

Isaza Serrano (2009, p. 310) ha considerado que:

[El servidor público] Debe tener pleno dominio del hecho o por lo menos conocimiento probable de que puede estar en presencia de una irregularidad que justifica su intervención con fines preventivos o correctivos o haber advertido, directamente o por medio externos, el riesgo de causación de dicha irregularidad y no haber intervenido con ese fin para que le sea también imputable subjetivamente a título de autoría.

Y directamente sobre la relación entre comisión por omisión y delegación, en dos artículos titulados “La comisión por omisión en el ejercicio de la función administrativa con énfasis en la actividad contractual” (2007) y “Delegación y posición de garante. Responsabilidad disciplinaria del delegante y del delegado”

(2008), Gómez Pavajeau sostuvo, que el legislador en la ley 489 de 1998 al adscribir al delegante unos precisos deberes de orientación, seguimiento y avocación, consagró para este, una responsabilidad plenamente radicada en la dogmática de la comisión por omisión.

En su concepto, los jefes y representantes legales de las entidades estatales, “se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, desconcentrada o delegadamente la función administrativa y tienen que evitar, en lo que les sea posible, que estas desvíen la función pública” (2007, p. 162).

Para Pavajeau, la posición de garante surge de las funciones adscritas al nivel directivo al cual pertenecen:

No hay duda sobre la posición de garantía que ejercen los jefes superiores de la Administración si se revisan estas funciones del nivel directivo, entre las cuales y entre otras (ver art. 2 del decreto 2772 citado) se encuentran las de dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la institución, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas; las de adelantar las gestiones necesarias para asegurar el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos y adoptar sistemas o canales de información para la ejecución y seguimiento de los planes del sector; y las de establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización, para no mencionar sino algunas de las que conformarían esa posición de garantes de los jefes superiores de la Administración (2007, p. 178).

Y por virtud de dicha posición:

“Si los delegantes están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo en la órbita de la competencia delegada, y no actúan pudiendo

hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo. Si, por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa” (p. 165).

Si las anteriores son las formas de autoría las propias del derecho disciplinario, cabe preguntarse ¿bajo cuál o cuáles puede imputarse responsabilidad disciplinaria al delegante cuando se presentan irregularidades en la ejecución directa de la tarea delegada?

La Procuraduría General de la Nación no ha dado una respuesta uniforme y consistente a la anterior pregunta. En algunos fallos ha considerado al delegante autor material de irregularidades en la ejecución directa de la delegación; en otros lo ha considerado autor material de la vulneración de los deberes de control y vigilancia que ostenta sobre el delegatario; y en otros ha señalado que las formas propias de autoría del delegante son la determinación y la comisión por omisión.

En los fallos de primera y segunda instancia proferidos dentro del radicado 165-117862-2005, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria sancionaron a un gobernador del Departamento del Guainía por irregularidades en la ejecución directa de la delegación, por no haber ejercido el control y vigilancia de la ejecución de un contrato, sin tomar en cuenta que estas funciones habían sido delegada en un supervisor.

En ese caso el gobernador no fue sancionado como autor material de irregularidades en el ejercicio de las funciones de control y vigilancia sobre el supervisor delegado para el control de la ejecución del contrato, sino como autor material de irregularidades en la vigilancia de la ejecución del contrato, vigilancia que había sido precisamente delegada en el supervisor.

En decisión de primera instancia de agosto 31 de 2010 proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dentro del radicado No. 165-170855, se sancionó a un gobernador del Cesar por no haber ejecutado debidamente las funciones de vigilancia y control que debía ejercer sobre un interventor. El cargo formulado dentro de ese expediente fue el siguiente:

El servidor presuntamente, presuntamente, omitió, en su condición de contratante y representante legal de la entidad estatal, efectuar una correcta vigilancia de las funciones asignadas al interventor, entre las cuales se encontraba la liquidación del convenio interadministrativo No. 531 de 2004, ocasionándose con esta actuación el incumplimiento de la obligación de liquidar el convenio sin que se haya podido efectuar el balance final legalmente establecido del convenio.

Y en fallo de marzo 17 de 2004 proferido por el Procurador General de la Nación dentro del expediente No. 154-78729-02, así como en la decisión de segunda instancia de 26 de 2010 tomada por la Sala Disciplinaria dentro del radicado No. 162-125096-2005 en cual fue expuesto en el primer acápite de este capítulo, la Procuraduría sostuvo que existen dos formas de imputar responsabilidad al delegante por cuenta de la gestión irregular del delegado:

En primer término, si existe acuerdo entre delegante y delegado para realizar conductas reprochables materializadas por el segundo, o cuando por cualquier medio el primero lo determina, se da el fenómeno de la “determinación”; el delegante será determinador, y el delegado el determinado o autor material (CDU, art. 26).

Y en segundo término, si el delegado realiza autónomamente las conductas reprochables y el delegante no realiza el debido control, bien porque sabiendo sobre ello se abstiene de hacerlo (dolo) o la abstención es producto de la

negligencia en el control (culpa), al delegado deberá imputársele autoría material, y al delegante comisión por omisión en modalidad de autoría (CDU, art.27, inc.2°).

4.3. La responsabilidad civil indirecta o refleja

La responsabilidad indirecta o refleja ha sido esencialmente desarrollada en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, a partir de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil colombiano, que establecen un principio general de acuerdo con el cual toda persona que tenga la obligación contractual o legal de cuidar a otra es responsable de los daños que cause esta última cuando estuviese bajo el cuidado de la primera (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 671).

Artículo 2347: Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Artículo 2349: Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio

de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.

Partiendo de la jurisprudencia constitucional y ordinaria y de la doctrina especializada, se señalarán a continuación las características de este tipo de responsabilidad. Se trata de una responsabilidad que se imputa por disposición de la ley a una persona que, a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual se funda en el incumplimiento de los deberes de elegir y vigilar al causante inmediato del daño con quien tiene una relación de subordinación, cuidado o dependencia. Con este tipo de responsabilidad se pretende garantizar a la víctima la reparación del daño y reprochar la permisividad, tolerancia o negligencia del civilmente responsable (C. Const., C-1235, 2005).

Crea una presunción de culpa mediata o indirecta sobre quien tenga a su cargo a las personas mencionadas por la norma, donde la víctima debe probar: "(i) el daño causado y el monto del mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; y (iii) que este último se hallaba bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual" (C. Const., C-425, 2006).

Es una modalidad de la responsabilidad que, aunque tradicionalmente se ha hecho derivar de la propia culpa al elegir (*in eligendo*) o al vigilar (*in vigilando*) a las personas por las cuales se debe responder, más recientemente se ha fundamentado en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado (C. S. J., S. Civil, 1985).

Uno de los casos de responsabilidad indirecta o refleja se da en la relación empleador-trabajador, caso en el cual el origen de la presunción de culpa en contra del empleador indirectamente responsable surge cuando en la actividad

causante del daño el trabajador, autor material de este, pone en práctica una función determinada para servicio o utilidad del primero y, cuando además, en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal, lo que resulta en una virtual potestad de control y dirección sobre su conducta, toda vez que si no existe una razonable conexión entre la función y el hecho dañoso o si en este último no se descubre aquella implementación de la actividad ajena en interés del empresario de quien por reflejo se pretende obtener la correspondiente reparación, el sistema de responsabilidad que se viene examinando no puede operar (C. S. J., S. Civil, 1996).

La presunción de culpa sobre el empleador, patrón o civilmente responsable solo surge cuando existe culpa del directamente responsable, pues no se puede arribar a una conclusión diferente si se observa que la culpa presunta que pesa sobre el civilmente responsable consiste en una mala vigilancia sobre el directamente responsable, que en razón de esa mala vigilancia causó el daño. Si ningún reproche cabe al directamente responsable, no puede presumirse que el civilmente responsable lo vigiló mal ya que en este caso lo que habría que presumirse es que el buen comportamiento del primero obedece a una buena vigilancia del segundo (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 680). En este escenario, la responsabilidad indirecta supone una dualidad de culpas, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente, como autor del evento *damni*, con la *in eligendo* o *in vigilando* que se le atribuye al patrono (C. S. J., S. Civil, 2008).

Así pues, para que surja la presunción de culpa en cabeza del civilmente responsable:

Es necesario que se demuestren tres elementos esenciales, a saber: un hecho culposo que cause un daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona y la autora de un daño. De

esta forma, la culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales (Suescún Melo, 2005, p. 416).

En cuanto a la forma de exoneración del civilmente responsable, este puede evitar que la presunción de responsabilidad nazca en su contra, demostrando que al momento de ocurrir el daño el directamente responsable no estaba bajo su subordinación y dependencia, con lo que no ostentaría los deberes de control y vigilancia, o que habiendo tenido esos deberes, su empleado, subordinado o dependiente no actuó con dolo o culpa, o que el hecho es imputable a causa extraña.

Si se prueba que el daño fue causado por el directamente responsable en forma dolosa o culposa estando bajo el control y vigilancia del civilmente responsable, la presunción de culpa habrá nacido y la exoneración debe buscarse, según sea el caso, a partir del principio general establecido en el inciso final del artículo 2347 del Código Civil, de acuerdo con el cual el sujeto civilmente responsable desvirtúa la presunción en su contra "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, no hubiere podido impedir el hecho"; o por la vía del artículo 2349, según el cual los empleadores "no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores". Lo anterior en razón a que la presunción en cabeza del civilmente responsable es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario.

4.4. Propuesta de solución a la problemática evidenciada: el carácter indirecto de la responsabilidad del delegante y sus efectos en la configuración de la autoría material y la comisión por omisión

Cuando en materia civil se habla de responsabilidad indirecta, refleja o por el hecho de otro, y en materia disciplinaria de comisión por omisión, se está haciendo referencia a una misma situación de hecho pero abordada desde diferentes perspectivas y por supuesto, con diferentes consecuencias jurídicas

Se está ante una misma situación de hecho en primer lugar porque tanto en la responsabilidad por el hecho de otro, como en la comisión por omisión, el autor material y directo del daño civil o de las irregularidades en la ejecución de la delegación es distinto y diferente del responsable indirecto y del responsable en comisión por omisión; en segundo lugar porque al no existir un vínculo de causalidad material o natural entre el responsable reflejo y el daño en materia civil, y entre las irregularidades en la realización de la tarea delegada y el responsable en comisión por omisión, el rol desempeñado por uno y otro se convierten en la fuente de su responsabilidad (en materia civil la condición de padre, director de establecimiento educativo, empleador etc., y en el campo disciplinario la posición de garante); y finalmente, porque en una y otra, la existencia de deberes de control y vigilancia se constituye en fundamento o presupuesto de la imputación de responsabilidad al responsable indirecto o en comisión por omisión.

Tanto en la responsabilidad civil indirecta, como en la responsabilidad disciplinaria en comisión por omisión, la imputación de responsabilidad parte de un rol desempeñado y se materializa en la omisión o ejercicio irregular de deberes de control y vigilancia adscritos a ese rol, con una característica adicional, tanto el rol como los deberes de control y vigilancia se predicen y se ejercen por referencia y sobre el tercero, en materia civil el causante directo del daño y en el ámbito disciplinario que nos interesa, el delegatario.

Habida cuenta que una vez se produce el acto administrativo a través del cual se efectúa la delegación, va a existir un delegatario responsable directo de la ejecución de la actividad o tarea delegada y un delegante encargado del ejercicio de deberes de control y vigilancia sobre el delegatario, en la presente tesis se sostiene que la responsabilidad del delegante es de carácter indirecto y que por tal cualidad la imputación de responsabilidad disciplinaria tanto a título de autor material como en comisión por omisión adquiere matices importantes.

Cuando se va a imputar responsabilidad disciplinaria a título de autoría material a quien en su condición de jefe o representante legal ha hecho uso de la delegación en materia contractual, dicha responsabilidad por surgir de los deberes de control y vigilancia que debe ejercer sobre el delegatario, tiene un carácter indirecto y en su configuración debe mediar un análisis de las calidades ostentadas por el delegatario en lo referente a sus conocimientos técnicos, profesionales o prácticos, los cuales deben estar directamente relacionados con el objeto de la delegación (responsabilidad *in eligendo*) y de su conducta concreta frente a la ejecución de la delegación por la cual era responsable directo (responsabilidad *in vigilando*), sin que pueda el delegante ser objeto de imputación disciplinaria a título de autoría material, por irregularidades en la ejecución directa de las tareas o actividades delegadas por cuanto estas, en virtud de la delegación entran a formar parte de la órbita competencial del delegatario.

Así mismo, el carácter indirecto de la responsabilidad del delegante genera importantes consecuencias en la configuración de “Posición de Garante” sobre la cual se construye la equivalencia estructural entre la omisión de un deber de actuar y la comisión activa de un resultado.

Aunque la omisión propia y la impropia también denominada comisión por omisión, se asemejan en que a las dos subyace un deber de actuar, la distinción entre una

y otra surge porque en la segunda, dicho deber de actuar se dirige a la evitación de un resultado dañino, resultado que en el contexto de la delegación contractual efectuada por los jefes y representantes legales de las entidades estatales, cuando se materializa a través de la ejecución directa de la delegación puede ser imputado al delegante por razón de la posición de garante que a este se le adscribe como director de la actuación administrativa al interior de la entidad y como tal encargado de ejercer control y vigilancia sobre sus subordinados.

Teniendo en cuenta que la imputación del resultado dañino en la comisión por omisión, surge de la existencia de una posición de garante y se fundamenta en el ejercicio de los deberes de control y vigilancia que los jefes y representantes legales delegantes deben ejercer sobre sus delegatarios, en el presente trabajo de grado se aboga por una fundamentación dual de la posición de garantía para el derecho disciplinario: formal o normativa en cuanto tiene que surgir de un deber funcional adscrito a un cargo o empleo público por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, y material y concreta en cuanto respecta a la existencia de una capacidad material y concreta de evitabilidad del resultado imputado.

Dicha fundamentación como se sustentará en este acápite, se construiría por referencia a la naturaleza de la actividad delegada, al alcance que en cada caso analizado tengan los deberes de control y vigilancia y en atención al grado de autonomía que en el contexto fáctico investigado hubiera tenido el delegatario para el desarrollo de la delegación. A continuación se emprenderá el desarrollo de cada una de estas propuestas.

Cuando se predica la existencia o materialización de una falta disciplinaria en la ejecución de la actividad o tarea delegada, no se puede perder de vista que el responsable directo de la tarea es el delegatario, no pudiéndose imputar al delegante la autoría material de irregularidades en la ejecución directa de la tarea

delegada ya que este en virtud de la delegación se desprende de la realización personal e inmediata de una actividad para en su lugar asumir las funciones de control y vigilancia y la responsabilidad por la elección del delegatario, quien no solo debe ser un funcionario adscrito a los niveles directivo o asesor, como lo exige el artículo 9 de la ley 489 de 1998, declarado exequible en sentencia C-561 de 1999²⁴, sino que además debe ostentar unas calidades profesionales y una experiencia relacionada con el objeto de la delegación que garanticen su aptitud para el desarrollo de la labor encomendada.

De cara a la delegación conferida y a la ejecución de la actividad delegada, la responsabilidad de los jefes o representantes legales debe analizarse y determinarse por referencia a la elección del delegatario y desde los deberes de control y vigilancia, con lo que adquiere la connotación de una responsabilidad indirecta o refleja, pues se debe determinar por referencia a la persona (calidades profesionales y experiencia) y conducta del delegatario a cuyo cargo se encuentra la ejecución inmediata de la tarea delegada, por ser precisamente sobre este que recaen y se despliegan los aludidos deberes de vigilancia y control.

²⁴ En esta sentencia, la Corte señaló:

Se observa por la Corte, que los empleados públicos que se encuentran al frente de estos organismos tienen una delicada tarea a desarrollar y, es por esta razón, que la misma Constitución Política los faculta para delegar el ejercicio de sus funciones, defiriendo a la ley, el señalamiento de las condiciones de ese acto de delegación. Así pues, también la ley, al fijar o señalar esas "condiciones" debe tener en cuenta, la relevancia y trascendencia de las funciones delegables y, por lo tanto, indicar las personas que por sus calidades profesionales y cercanía con las personas que tienen a su cargo la dirección y manejo de las entidades mencionadas en el inciso precedente, pueden entrar en determinado momento a realizarlas bajo su responsabilidad, en el entendido eso sí, de que actúan bajo las orientaciones generales que le indique el titular de la función, sobre el ejercicio de las funciones delegadas, como lo establece la misma Ley 489 de 1998 en el artículo 10.

En el ámbito contractual público, aunque el artículo 211 constitucional haya establecido que "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario", tal como se expuso con amplitud en el primer capítulo del presente trabajo, la Corte Constitucional (C-372, 2002; C-693. 2008) fijó lo que es hasta ahora el precedente constitucional vigente en la materia que ocupa, estableciendo que el delegante siempre responderá por dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario, en lo referente al ejercicio de la función delegada. Para la Corte Constitucional (C-372, 2002):

La expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento ya que la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas.

[...]

La interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124

ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada.

El anterior precedente constitucional debe complementarse con los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998 y el párrafo del artículo 12 de la ley 80 de 1993 tal como fue modificado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, normas que adscriben al delegante el deber de designar como delegatario a un funcionario perteneciente al nivel directivo o asesor; el deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado; el deber de impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas; la facultad de reasumir en cualquier tiempo la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y que le impiden exonerarse en virtud de la delegación de los deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

En este escenario, así como los artículos 2347 y 2349 del Código Civil establecen una presunción de culpa en cabeza de padres, tutores, curadores, empresarios y empleadores con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes y subordinados, a partir de la cual ante el acaecimiento de un daño causado por estos últimos se presume que los primeros han omitido o han ejecutado irregularmente los mencionados deberes, de los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998, del párrafo del artículo 12 de la ley 80 de 1993 y de las *ratio decidendi* de las sentencias C-372 de 2002 y C-693 de 2008 se puede concluir que ante la evidencia de una irregularidad en la ejecución de la labor delegada, si bien no se presume *iuris tantum* la responsabilidad del delegante, es innegable que sí se ve comprometida y que puede ser llamado a juicio disciplinario por una indebida elección del delegatario, así como por la omisión o cumplimiento defectuoso de sus deberes de control y vigilancia sobre la actividad del delegatario, responsabilidad que ostenta la condición de refleja, ya que en su configuración

debe mediar un análisis de las calidades ostentadas por el delegatario y de su conducta concreta frente a la ejecución de la delegación por la cual era responsable directo.

Para finalizar, se hace necesario precisar, que frente al desarrollo de las tareas delegadas, el vínculo "permanente y activo" que según la sentencia C-372 de 2002 surge entre delegante y delegatario, al estar mediado por los deberes de control y vigilancia conlleva que la imputación disciplinaria que se realice al delegante debe tener como presupuesto la demostración de la culpa del delegatario, pues si se cuestiona el ejercicio de los deberes de control y vigilancia es porque la omisión de su ejercicio o las irregularidades en su ejecución tuvieron que ver con la omisión o el ejercicio irregular de la delegación conferida, pues de lo contrario se estaría sancionando el incumplimiento de un deber de control sobre una delegación cuya ejecución y desarrollo no es objeto de reproche, o lo que es lo mismo, que se presume adecuada y legal.

Pasemos ahora a desarrollar la segunda propuesta realizada al comienzo de este acápite, sobre los efectos que el carácter indirecto de la responsabilidad del delegante produce sobre la imputación de responsabilidad disciplinaria en comisión por omisión.

Dado el carácter indirecto de la responsabilidad del delegante y en consideración a que la imputación del resultado dañino en comisión por omisión se fundamenta en la existencia de una posición de garante y en la ejecución de unos deberes de control y vigilancia que los jefes y representantes legales delegantes deben ejercer sobre sus delegatarios, en el presente trabajo de grado se propone una fundamentación dual o mixta de la posición de garantía para el derecho disciplinario: formal o normativa en cuanto tiene que ver con la existencia de un deber funcional adscrito a un cargo o empleo público por virtud de la Constitución,

la ley o el reglamento, y material y concreta en cuanto respecta a la existencia de una capacidad material y concreta de evitabilidad del resultado imputado.

La identidad estructural entre la omisión y la realización típica comisiva de una falta disciplinaria, se hace depender mayoritariamente de la denominada “posición de garante” y como se observó en el caso del señor Pablo Ardila Sierra, dicha posición se derivó de manera automática del cargo gobernador y de la función de “dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento”.

En la doctrina penal, principal foco de desarrollo dogmático de la comisión por omisión y de la posición de garante, ha existido cierto acuerdo en torno a la función que ésta última cumple como elemento que permite imputar un resultado a quien no lo evito, sin embargo, no se ha presentado el mismo acuerdo en torno a cuáles son las fuentes de las que emerge el deber jurídico de garante.

Como lo señala el profesor Andrade Castro (2012, p.78), las fuentes del deber de actuar han sido clasificadas doctrinariamente en formales y materiales, dependiendo de los criterios a los que se acuda para efectos de su determinación:

Desde una óptica formal, se cuentan la ley, el contrato y el actuar precedente (injerencia).

Desde un prisma material, que toma en consideración la dinámica social y el ámbito de las relaciones intersubjetivas que nacen de ella, se incluyen como fuentes de la posición de garantía: la función de protección de un bien jurídico (asunción voluntaria de la función de protección de un bien jurídico, estrecha comunidad de vida; comunidad de peligro, regulación de relaciones jurídico legales, tales como la reglamentación normativa de algunas profesiones); y los deberes de control o vigilancia sobre una determinada fuente de peligro (responsabilidad por la conducta de otras personas y manejo de fuentes de

riesgo tales como animales peligrosos o máquinas). (Andrade Castro, 2012, p.78).

A continuación, haciendo uso de la presentación que sobre las fuentes de la posición de garantía, realizó el profesor Andrade Castro en su obra “La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro” (2012, p. 78-91), se hará una breve referencia a diferentes concepciones de la doctrina penal sobre las fuentes de la posición de garantía, para posteriormente abordar el tema desde el punto de vista del derecho disciplinario.

A principios del siglo XIX, sin distinguir entre omisión propia e impropia, Feuerbach sostuvo que el delito de omisión requiere de un fundamento jurídico especial, dado solamente por la ley o el contrato.

Spangenberg y Henke, acogiendo el presupuesto de Feuerbach en el sentido de que los deberes de actuar solo pueden ser impuestos de manera excepcional por el derecho penal, plantearon que la posición de garante surge bien de relaciones jurídicas especiales como el matrimonio y el parentesco en línea directa, o por estrechas relaciones personales de las cuales surge el deber de prestar protección y ayuda.

Christoph Carl Stubel también en el siglo XIX, sostuvo que además de la ley y el contrato, el deber de actuar también surge de un actuar precedente antijurídico que pone a otro en situación de peligro, con lo cual introdujo la idea de lo que hoy se conoce como injerencia.

A mediados del siglo XX, Alfons Vogt con fundamento en consideraciones sociológicas y criterios de orden material sostuvo, que las posiciones de garantía emergen de una relación social o intersubjetiva estrecha, más cercana que las normalmente establecidas en desarrollo de las relaciones sociales.

Alexander Böhn también a mediados del siglo XX, en contra de la postura de Alfons Vogt consideró que la única fuente del deber jurídico de actuar era la ley y que solo a partir de un estudio de la legislación era posible determinar la existencia o no de posiciones de garantía.

Armin Kaufmann alrededor de 1959, partiendo de concebir la omisión impropia no como la infracción a una prohibición, sino como la vulneración de un mandato de evitación de resultados dañinos, sostuvo que la posición de garante puede consistir bien sea en la custodia o protección de un bien jurídico contra cualquier tipo de ataque, o en la supervisión y el control de determinadas fuentes de peligro sin que interese cuál sea el bien jurídico amenazado, tal como sucede con las situaciones de injerencia, los peligros surgidos en el ámbito de dominio de una persona y la responsabilidad por la actuación de un individuo, verbigracia un inimputable.

Con posterioridad, Nikolas Androulakis con un fundamento sociológico – material, argumentó que el aspecto determinante en el surgimiento de una posición de garantía era la proximidad social entre un sujeto y un bien jurídico o una fuente de peligro.

Richard Bärwinkel alrededor de 1968, acogiendo un criterio normativo – sociológico, sostuvo que una posición de garantía se funda en tres pilares: la necesidad de protección de un bien jurídico para el bien común; los elementos objetivos de valoración del bien común; y el rol social, entendido como un producto de la división social del trabajo, al cual se encuentran adscritas determinadas funciones y expectativas de comportamiento. Este rol social adquiere el carácter de componente estructural de la posición de garantía, en el sentido de que garante solo será aquella persona que tenga asignado un rol que le imponga un deber especial de evitar un resultado.

Bernd Schünemann también en la segunda mitad del siglo XX, formuló la tesis del dominio sobre la causa del resultado, según la cual, para hallar el fundamento punitivo del delito omisivo debe partirse de los delitos activos y observar, que así como el autor en comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y del dominio de su cuerpo, una omisión equivalente a una comisión cuando ha existido un control sobre el suceso equiparable al del actuar comisivo. Con el anterior fundamento, el omitente debe ser castigado en los casos en que hubiera ostentado un dominio sobre la causa del resultado, dominio que da lugar a dos clases de posiciones de garantía: aquellas en las cuales se tiene el dominio de la fuente de peligro, como una máquina o una persona inimputable; y las que surgen cuando el dominio se tiene sobre el desamparo de la víctima, como cuando se tiene a cargo el cuidado de un bebe o de un anciano.

En el contexto latino, el profesor español Silva Sánchez (2006, p. 464) ha sostenido que será “el ámbito de compromiso” de cada garante, el que determina las situaciones de garantía que le competen, lo cual obliga a rechazar la identidad estructural en los casos en los que el compromiso falta o resulta dudoso”. En su concepto, es preciso ser extremadamente restrictivo a la hora de fijar posiciones de garantía:

Para no atribuir al sujeto compromisos que éste en ningún momento ha pensado adquirir, ello, aún, en el caso de que vayan usualmente unidos a la investidura de determinado papel social (...) Sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible hablar que de toma en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando a modo de “barrera de contención” de él, Una vez establecida –con el compromiso- tal barrera, el retirarla, esto es, el no contener el riesgo cuando éste amenaza con realizarse en el bien que hay que proteger, muestra una auténtica identidad estructural en el plano normativo, con el hecho comisivo” (p. 465).

Y en la misma línea de Silva Sánchez, la también española Raquel Montaner Fernández ha considerado, que la posición de garante no se puede derivar únicamente de un deber jurídico de carácter general y requiere de una fundamentación material y concreta:

“Las posiciones de garantía jurídico-penalmente relevantes para fundamentar la comisión por omisión deben entenderse, en un sentido material y concreto. Por ello, no cabe admitir una función de garantía que abarque la protección general de un bien jurídico o la vigilancia general de una fuente de peligro. La impracticabilidad de una función de protección o de vigilancia de tal estilo se pone de manifiesto, especialmente, en el ámbito de las actividades complejas que se rigen por la división de trabajo. En este marco, una función de defensa completa, por ejemplo de un bien jurídico determinado no solamente es inabarcable, sino que también contradice la propia configuración de la realidad empresarial. En efecto, la división de funciones y de ámbitos de competencia entre los distintos sujetos que participan en el desarrollo de la actividad empresarial determina, en muchas ocasiones, el reparto de los deberes de garante” (Montaner Fernández, 2008, p. 302).

Expuestas a groso modo las principales concepciones de la doctrina penal sobre las fuentes de la posición de garantía, se pasará ahora a abordar el tema desde la perspectiva del derecho disciplinario.

Siendo la actuación del servidor público reglada, pues según el artículo 122 de la Constitución Nacional no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento; siendo el deber funcional el objeto de tutela del derecho disciplinario; y debiendo ejercer el servidor público sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (Art. 123 CN), la posición de garantía en materia disciplinaria necesariamente debe partir de un fundamento normativo y por lo tanto formal.

La posición de garante en el marco del derecho disciplinario colombiano, debe estructurarse necesariamente sobre un deber funcional adscrito a un empleo público por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, sin embargo, ¿basta con la existencia de un deber para que surja la posición de garante?

En la presente tesis de grado se sostiene, que siendo la posición de garante el elemento que permite imputar un resultado a quien no lo evito, dicha imputación no puede fundamentarse única y exclusivamente en un deber funcional, pues, aunque éste se constituye en la fuente normativa del deber de actuar, el deber funcional individual y aisladamente considerado, nada dice acerca de la posibilidad de evitación de un resultado.

Caminando en contravía de la posición adoptada por la Procuraduría en el caso del señor Pablo Ardila Sierra, así como de la concepción doctrinal de Gómez Pavajeau (expuesta en el numeral 4.2 de este capítulo), para quien la posición de garante se deriva en caso de los jefes y representantes legales de las entidades del orden nacional, de las funciones adscritas al nivel directivo por el decreto 2772 de agosto 10 de 2005, tales como:

1. Fijar las políticas y adoptar los planes generales relacionados con la institución o el sector al que pertenecen y velar por el cumplimiento de los términos y condiciones establecidos para su ejecución.
2. Dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la institución, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas.
3. Organizar el funcionamiento de la entidad, proponer ajustes a la organización interna y demás disposiciones que regulan los procedimientos y trámites administrativos internos.
4. Nombrar, remover y administrar el personal, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

5. Representar al país por delegación del Gobierno en reuniones nacionales e internacionales, relacionadas con asuntos de competencia de la entidad o del sector.
6. Adelantar las gestiones necesarias para asegurar el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos y adoptar sistemas o canales de información para la ejecución y seguimiento de los planes del sector.
7. Asistir a las reuniones de los consejos, juntas, comités y demás cuerpos en que tenga asiento la entidad o efectuar las delegaciones pertinentes.
8. Establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización.

En la presente tesis se sostiene, siguiendo a Silva Sánchez (2006, p. 463) y a Montaner Fernández (2008, p. 298), que para dar por probada la existencia de una posición de garantía y a partir de ésta imputar a los jefes y representantes legales autoría en comisión por omisión, no basta con la ostentación de un rol general y abstracto, ni con la existencia de un deber jurídico general como los transcritos con anterioridad. En la misma línea de Bernd Schünemann para quien la posición de garante surge de la existencia de un dominio sobre la causa del resultado, el autor de este trabajo de grado considera, que además de la existencia de un deber funcional que de manera concreta imponga una obligación de actuar, el sujeto destinatario de dicho deber en el contexto laboral y fáctico del caso, debe haber tenido una capacidad real de evitación del resultado dañino.

La posición de garantía para que no se convierta en un medio a través del cual se responsabilice a los jefes y representantes legales de todos y cada uno de los deberes que hagan parte de la órbita competencial de los funcionarios pertenecientes a las entidades que ellos dirigen, por la dirección, vigilancia y control que sobre los mismos debe ejercer por razón de las funciones adscritas, verbigracia por el decreto 2772 de 2005, o por virtud del principio de

responsabilidad según el cual ellos son los responsables de la dirección y manejo de la actividad contractual, debe concebirse en materia disciplinaria desde una doble perspectiva, formal o normativa en cuanto tiene que ver con la existencia de un deber funcional adscrito a un cargo o empleo público por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, y material y concreta en cuanto respecta a la capacidad de evitar el resultado imputado.

Como acertadamente lo señala Montaner Fernández (2008, p. 302), “la existencia de la posición de garantía depende en todo caso, de la relación material que se establezca entre el sujeto y el bien jurídico concreto y no de la simple existencia de un deber”. Dicha relación material debe concretarse en un “dominio y control sobre unos riesgos determinados que amenazan o pueden amenazar a un bien jurídico determinado. Este dominio, y no el simple –deber de garante- (genérico), es lo que otorga a la omisión la identidad estructural y material con la comisión activa”.

Contextualizando los anteriores argumentos para el caso de los jefes y representantes legales que hacen uso de la delegación en materia contractual, se puede señalar, que además de la existencia de un deber funcional que imponga un mandato de actuar para evitar resultados que afecten el correcto funcionamiento del estado y de los fines por el perseguidos, debe existir en cada caso materia de juzgamiento, una capacidad de control y vigilancia material y concreta y no meramente formal y abstracta, para garantizar de esta manera una verdadera identidad estructural entre la omisión o ejercicio irregular de los deberes de control y vigilancia, con la comisión de irregularidades en la ejecución directa de la delegación.

Si a toda falta omisiva subyace un deber jurídico de actuar, distinguiéndose las omisiones propias de las impropias porque en éstas últimas, el deber de actuar se dirige a la evitación de resultados dañinos, nada dice una posición de garantía sobre la evitación de un resultado y ninguna relación guardaría con este si su

fundamento y entendimiento es meramente formal pues, para predicar la posibilidad o probabilidad de evitación de un resultado hay que acudir necesariamente a criterios materiales.

Ante la ocurrencia de un resultado dañino, una posición de garantía fundada única y exclusivamente en un cargo como el de gobernador y en una función como “dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento”, nada dice sobre la posibilidad o probabilidad real y concreta con que el gobernador a través del ejercicio de dicha función hubiera podido impedir un resultado dañino.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la fundamentación material de la posición de garante de los jefes y representantes legales delegantes que aquí se propone, se construye en cada caso concreto por referencia al alcance que en los contextos fácticos investigados tengan los deberes de control y vigilancia sobre los cuales se realiza la imputación de responsabilidad en comisión por omisión, alcance que dependerá de la naturaleza de la actividad delegada y del grado de autonomía que en el caso sub judice hubiera tenido el delegatario para el desarrollo de la delegación.

De los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998, del párrafo del artículo 12 de la ley 80 de 1993 y de las sentencias de constitucionalidad C-372 de 2002 y C-693 de 2008 que se constituyen en el marco de referencia de los deberes de control y vigilancia que el delegante debe ejercer sobre el delegatario, no se puede extraer un contenido claro ni un alcance preciso de esos deberes, pues tanto el legislador como nuestro tribunal constitucional se han limitado a señalar que estos se materializan en facultades o potestades de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y revisión, conceptos que se caracterizan por su textura abierta (Hart, 1963, pp. 155 y ss.), es decir, por los distintos contenidos e interpretaciones que se les pueden adscribir y porque en sí mismos no suministran al juez disciplinario unos parámetros adecuados para la comprensión y juzgamiento de los deberes y responsabilidad del delegante.

Tomando en consideración que los deberes en comento emergen del denominado por la doctrina "principio de jerarquía", a través del cual se organiza la estructura de una organización según un criterio de escalonamiento de órganos en una línea vertical, conforme a la cual los superiores dirigen la actividad de los inferiores en ella (Parejo Alfonso, 2007, p. 200), o que en otras palabras, constituye una técnica de distribución de competencias con arreglo a un sistema normalmente piramidal, donde los órganos del nivel superior mandan sobre los del nivel inferior (Parada, 2000, p. 37), y partiendo de la sentencia de tutela T-584 (1998) que aborda tangencialmente el tema del contenido y alcance de las relaciones de subordinación jerárquica y del principio de jerarquía administrativa, el autor del presente trabajo de tesis considera que el contenido de los deberes de control y vigilancia debe determinarse en cada caso concreto a partir de un estudio de la naturaleza de la actividad delegada, donde se identifiquen los saberes técnicos que su desarrollo requiere (verbigracia, conocimiento jurídicos, de ingeniería, economía, arquitectura), así como de la calidades ostentadas por el delegante y el delegatario (experiencia, formación profesional, técnica, etc.), parámetros a través de los cuales se podrá establecer tanto el grado de autonomía que el delegante adquiere con la delegación, como la capacidad real de vigilancia y control del delegante.

Según la Corte Constitucional (T-584, 1998):

Las relaciones de subordinación jerárquica determinan la facultad del superior de expedir órdenes e impartir instrucciones precisas a sus dependientes, cuando ellas sean indispensables para el cumplimiento efectivo de las funciones asignadas, dentro del cometido estatal que con las mismas se pretende cumplir.

Como característica esencial de esa atribución, *en lo relativo a su contenido, debe observarse un alcance limitado, derivado de la naturaleza misma de la actividad por desarrollarse*, con sujeción al orden jurídico preestablecido y a la prevalencia y protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas destinatarias, en especial, de quien como servidor subordinado recibe el respectivo mandato [énfasis fuera del texto].

Podemos deducir del extracto citado, que las facultades de control y vigilancia ínsitas al principio de jerarquía, que por razón de la delegación se convierten en deberes adscritos al delegante, en su contenido se encuentran limitadas por la naturaleza de la actividad desempeñada por el inferior jerárquico o delegatario.

Si llevamos la anterior conclusión a un plano práctico y la ejemplificamos en el marco de una delegación conferida para la realización de diseños estructurales o arquitectónicos sobre los cuales se configurará una licitación, se puede observar que para el desarrollo de la delegación el delegatario deberá aplicar un saber profesional o técnico, que generalmente no posee el delegante y que precisamente motiva la delegación, saber que, como acertadamente lo subraya Rincón Córdoba (2009, p. 175), disminuye, o por lo menos relativiza, los efectos de los deberes de control y vigilancia que adquiere el delegante que no es docto en la materia, con lo que el delegatario adquiere una mayor autonomía y capacidad decisoria en la aplicación de sus conocimientos expertos.

La observación precedente adquiere aún más relevancia si se observa que la Administración actual se caracteriza por incorporar cada vez más a sus plantas personal técnico o especialista, por lo que la ordenación del aparato administrativo basada en una disposición de superiores e inferiores de acuerdo con unas competencias materiales homogéneas, conocimientos comunes y capacitaciones similares no puede ya sostenerse relativizándose o modulándose los efectos

reales del principio de jerarquía (Rincón Córdoba, 2009, p. 180) y, por tanto, los deberes y potestades que de él emergen.

De la naturaleza de la actividad delegada y de los saberes técnicos que se requieren para su ejecución, surge por contraste con las capacidades que en términos de conocimientos y experiencia posean delegante y delegado, el grado de autonomía que tendrá el delegatario para el desarrollo de la delegación y a su vez la capacidad real de control sobre el delegatario y de evitabilidad de resultados dañinos.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado (S. Segunda, 18 de octubre, 2007. Rad. 1127-2004) al señalar:

En el examen de la responsabilidad disciplinaria que se atribuye a los servidores públicos acorde con las previsiones del artículo 51 de la ley 80 de 1993, compete a la autoridad disciplinaria determinar los límites de la competencia delegada en orden a establecer si el funcionario delegante necesariamente perdía la competencia para actuar en el control de la conducta ejecutada por el delegatario [que en materia contractual se determinan con referencia] al momento en que surjan actuaciones donde impere la autonomía del funcionario delegatario porque allí este último funcionario ejerce su actividad dentro del poder de actuar que le brindan sus competencias las cuales se entienden comprendidas en el marco de la buena fe.

Dentro del anterior contexto, la existencia o no de una posición de garantía en cabeza de los jefes y representantes legales delegantes, se debe determinar en cada caso concreto a partir del análisis del deber funcional que impone la obligación de actuar, en relación con el cual se deberá establecer su grado de generalidad o concreción para determinar de esta manera el alcance y los límites

de dicho deber; a partir de la naturaleza de la actividad delegada (conocimientos profesionales, técnicos o prácticos que implica); y por referencia a las capacidades que en términos de conocimientos y experiencia posean delegante y delegado, para con base en estos presupuestos, deducir el grado de autonomía que en el caso sub judice tenía el delegatario para el desarrollo de la delegación y a su vez la capacidad real de control que el delegante tenía sobre el delegado, capacidad a partir de la cual se formará la equivalencia estructural entre la omisión del deber de actuar y la producción del resultado.

Para finalizar el presente capítulo y aunque el objeto de esta tesis no es el principio de favorabilidad o *pro homine*, dada su pertinencia y relación con las consideraciones realizadas a lo largo de este acápite, el autor de este trabajo de grado precisa realizar la siguiente observación:

De conformidad con el numeral 2 del artículo 47 de la ley 734 de 2002:

A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios: a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, ésta última se incrementará hasta otro tanto, sin exceder el máximo legal; b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, ésta última se incrementará hasta otro tanto, sin exceder el máximo legal; c) Si la sanción más grave es la suspensión, ésta última se incrementará hasta otro tanto, sin exceder el máximo legal; d) Si la sanción más grave es la multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

Significa lo anterior, que cuando se presentan irregularidades en la ejecución de la delegación, la conducta de los jefes y representantes legales delegantes se podría tipificar en una o varias faltas disciplinarias, así:

Cuando con fundamento en los artículos 10 y 12 de la ley 489 de 1998 y en el inciso segundo del artículo 12 de la ley 80 de 1993, se considera al delegante autor material de irregularidades en el ejercicio de los deberes de control y vigilancia que debe observar sobre la actuación del delegatario, su conducta se podría tipificar por ejemplo, como vulneración del numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002 que establece como deber de todo servidor público cumplir la ley, o en el numeral 10 del mismo artículo según el cual, todo funcionario público debe “Realizar personalmente las tareas que le sean encomendadas, *responder por la autoridad que se delegue*, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados” [énfasis fuera de texto], faltas estas, que por no hacer parte del artículo 48 *ibídem* y de conformidad con el artículo 50 de la misma ley, sólo podrían ser leves o graves, lo cual a su vez implicaría que la máxima sanción aplicable sería la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 12 meses.

La situación cambia completamente cuando se considera al delegante autor en comisión por omisión, pues, aunque esta forma de autoría se fundamenta en los deberes de control y vigilancia que este tiene a su cargo y que debe ejercer sobre el delegatario, por su intermedio se hace responsable al delegante por las irregularidades en que incurrió el delegatario en la ejecución de la delegación, y si verbigracia, el delegatario estaba a cargo de la realización de los estudios previos sobre los cuales se estructuró el proceso contractual y en su realización dio lugar a la existencia de sobrecostos, el delegante puede ser responsabilizado de los mismos a título de comisión por omisión, con lo cual puede llegar a ser sancionado por la vulneración del numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 según el cual es falta gravísima “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”, falta para la cual está prevista una

sanción de destitución e inhabilidad por tratarse de una falta de naturaleza gravísima.

Para el autor de esta tesis, el tema merece una reflexión desde el punto de vista del principio *pro homine*, que con fundamento en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 93 de la Constitución Nacional, impone en materia sancionatoria aplicar la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en aquellos tratados (C. Const., T 284, 2006).

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión de tutela de julio 31 de 2007 con ponencia del magistrado Dr. Mauro Solarte Portilla, al analizar un fallo sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, consideró que ese ente de control violó el principio de favorabilidad al tipificar una conducta constitutiva de injuria y calumnia en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 de conformidad con el cual es falta gravísima “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”, en vez de en el numeral 23 del artículo 35 ibídem, según el cual, constituye falta grave o leve “Proferir en acto oficial o en público expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o las personas que intervienen en los mismos”, lo cual conllevó a un importante incremento en la sanción, pues mientras la sanción máxima para una falta grave es la suspensión en el ejercicio del cargo hasta por 12 meses, en el caso de las faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima, la sanción mínima es la destitución y la inhabilidad especial por el término de 10 años.

En dicho pronunciamiento, la Corte Suprema consideró que el principio *pro homine* reconocido en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.

Este principio, señaló la Corte, tiene total aplicación en el derecho interno pues así lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política y por ello, a él están sujetos las autoridades y para el caso objeto del sub judice, el Ministerio Público en ejercicio de la función que la Carta le ha encomendado de vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Para la Corte, a la Procuraduría le correspondía ceñir su conducta al respeto del mentado principio y aunque sus decisiones sean autónomas y esté facultada para encuadrar las conductas a las normas que considere fueron infringidas, en tal tarea deben respetar de la manera más estricta posible, los derechos de los asociados desarrollados en la Constitución Política o en los tratados internacionales que reconocen los mismos y que han sido ratificados por el Congreso.

La Sala consideró que si bien le asistía razón a la Procuraduría en alegar la autonomía con que el operador disciplinario puede encuadrar las conductas en los tipos que establecen faltas gravísimas y prohibiciones, en virtud de la estructura abierta y especial de los mismos, dicha facultad debe ceder en eventos donde existen dos disposiciones perfectamente aplicables a la conducta del disciplinado, pues en ese caso entra en juego el principio *pro homine* según el cual, debe preferirse la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos, concluyendo que el proceso disciplinario que contra el actor se adelantó debió serlo por la

conducta que, de ser comprobada su responsabilidad, implicaba una sanción que restringía en menor medida el ejercicio de sus derechos razón por la cual revocó el fallo impugnado, concedió la protección al derecho fundamental del debido proceso y ordenó a la autoridad accionada reiniciar el proceso por violación a la prohibición contemplada en el numeral 23 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Dentro del anterior contexto, siendo coherente con la interpretación garantista de la responsabilidad disciplinaria que se ha seguido a lo largo de la presente tesis, se propone, que aunque de la mano del numeral 2 del artículo 47 del Código Disciplinario Único el operador disciplinario puede en principio tipificar la conducta de los jefes y representantes legales delegantes en varios tipos disciplinarios, dependiendo de la modalidad de autoría que se escoja, debe en aplicación del principio *pro homine* escoger aquella tipificación que imponga una menor sanción al disciplinado.

4.5. Conclusiones del capítulo

A lo largo del capítulo que ahora se concluye, a partir de un paralelismo entre la responsabilidad civil indirecta o refleja y la responsabilidad en comisión por omisión se sostuvo, que al producirse con la delegación una transformación del ámbito de competencias y de responsabilidad del delegante, quien deja de responder por la ejecución directa de la tarea asignada por ley o decreto, la cual pasa a ser responsabilidad del delegado, para en su lugar asumir el ejercicio de funciones de control y vigilancia sobre este último, surge para los jefes y representantes legales en su condición de delegantes, una responsabilidad de carácter indirecto con efectos en la estructuración, tanto de la autoría material, como de la comisión por omisión, que de no ser tenidos en cuenta pueden desembocar en formas objetivas de responsabilidad disciplinaria.

Con fundamento en el análisis de casos concretos fallados por la Procuraduría General de la Nación se demostró, que el delegante no puede ser objeto de imputación disciplinaria a título de autoría material por irregularidades en la

ejecución directa de las tareas o actividades delegadas, por cuanto estas, en virtud de la delegación entran a formar parte de la órbita competencial del delegatario.

Se argumentó que la imputación de un resultado dañino con fundamento en una “Posición de Garantía” formal, abstracta e ilimitada, derivada únicamente de la condición de jefe o representante legal y de los deberes generales de dirección, coordinación y control adscritos a dichos cargos, nada dice sobre la capacidad real de la que disponía el garante para la evitación del resultado producido, esquivando por esta vía la necesidad de determinar si realmente el jefe o representante legal en el contexto material investigado, estaba en capacidad de evitar el resultado dañino que se le imputó, es decir, si tenía o no un control efectivo y material sobre el delegatario.

Y se propuso una fundamentación dual de la posición de garantía para el derecho disciplinario. Formal o normativa en cuanto tiene que surgir de un deber funcional adscrito a un cargo o empleo público por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento, y material y concreta en cuanto respecta a la existencia de una capacidad material de evitabilidad del resultado imputado, capacidad que debe determinarse en cada caso concreto por referencia a la naturaleza de la actividad delegada, al alcance que en cada caso analizado tengan los deberes de control y vigilancia y en atención al grado de autonomía que en el contexto fáctico investigado hubiera tenido el delegatario para el desarrollo de la delegación.

En el siguiente capítulo, se presentará una última forma de objetivación de la responsabilidad disciplinaria que corresponde a los jefes y representantes legales como delegantes, esta vez originada por la ausencia de claridad sobre los parámetros definitorios del juicio de culpabilidad.

CAPÍTULO V

Objetivación de la responsabilidad disciplinaria a partir de la utilización de la condición de jefe o representante legal y del principio de concentración de la responsabilidad, como parámetros definitorios de la exigibilidad de un deber contractual y de la existencia o no de culpabilidad

En este último capítulo, comenzando por la definición de los componentes del principio de culpabilidad en los ámbitos penal y disciplinario, de la conceptualización de la culpa como la “diligencia exigible” por un sistema de responsabilidad, de la determinación del contenido del dolo en materia disciplinaria y de la comprensión de la culpabilidad disciplinaria como un juicio de exigibilidad, a partir de la exposición y análisis de dos casos fallados por la Procuraduría General de la Nación, se demostrará la existencia de una última forma de objetivación de responsabilidad frente a la cual se presentará una propuesta de solución construida a partir de una nueva concepción de los elementos que integran el juicio de exigibilidad en materia disciplinaria.

5.1. Problemática

No obstante que la Corte Constitucional equiparó la culpabilidad disciplinaria al juicio de exigibilidad, en virtud del cual se le imputa a un servidor estatal o a un particular que cumpla funciones públicas la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen (C. Const., C-310, 1997; C-708, 1999), la ausencia tanto en términos legales como jurisprudenciales de unos parámetros concretos sobre los cuales se deba estructurar el citado juicio ha conducido en la práctica a dos situaciones concretas.

Primero, a que en tratándose de alcaldes, gobernadores y otros representantes legales y jefes de entidades estatales, el cargo de jefe o representante legal al cual se encuentra adscrito el principio de concentración de la responsabilidad²⁵ sea usado como parámetro definitorio de la exigibilidad de cualquier deber que estos funcionarios tengan en materia contractual.

Y en segundo lugar, a que una vez determinada la condición de jefe o representante legal y por esta vía la exigibilidad de un deber contractual, los conceptos de dolo, culpa gravísima y culpa grave sean utilizados como formas de culpabilidad.

Así, verificada la omisión o ejecución irregular de un deber funcional y establecida la condición de jefe o representante legal, el operador disciplinario acude a los conceptos de dolo, culpa gravísima o culpa grave para encuadrar allí el comportamiento, con lo que da por probada la culpabilidad del disciplinado en cualquiera de esas tres modalidades.

Por esta vía, el juicio de exigibilidad se ve desligado del contexto material y laboral de acción del disciplinado en el cual tuvo ocurrencia la conducta investigada, y de toda consideración sobre las competencias técnicas o profesionales exigidas para el ejercicio del cargo y de las necesarias para la ejecución de la conducta demandada por el ordenamiento jurídico, con lo cual se hace del juicio de culpabilidad un juicio netamente abstracto y objetivo.

²⁵ Artículo 26, numeral 5, de la ley 80 de 1993: "La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

A continuación, a través de dos casos fallados en la Procuraduría General de la Nación en contra de un gobernador y un alcalde en su condición de representantes legales de sus respectivas entidades territoriales, se demostrará cómo se materializa este tipo de objetivación.

Primer caso

Los hechos que a continuación se presentan son una síntesis extraída del fallo de primera instancia proferido el 14 de julio de 2010 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Los apartes citados entre comillas son una reproducción literal del contenido del fallo.

Dentro del radicado 165-164072-2007 adelantado contra el señor Carlos Alberto Palacios, gobernador del Putumayo, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal en auto del 31 de marzo de 2009 formuló al gobernador el siguiente cargo:

Cargo Formulado

"El señor CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, en su condición de Gobernador del Departamento del Putumayo, no atendió de manera suficiente y oportuna los requerimientos que se le hicieron por parte de la firma interventora del proyecto FNR 15633 SPEA INGENIERÍA EUROPEA, incumpliendo así una de las obligaciones derivadas de la cláusula cuarta del convenio interadministrativo No. 0265 de 2002 suscrito entre la Comisión Nacional de Regalías y el Departamento del Putumayo".

"Al no dar respuesta oportuna y suficiente a los requerimientos que se le hicieron por parte de la firma interventora SPEA INGENIERÍA EUROPEA en torno al desarrollo y ejecución del proyecto FNR derivado del convenio 0265 de 2002 el implicado habría descuidado su potestad rectora sobre dicho convenio suscrito con la extinta Comisión Nacional de Regalías; potestad que le correspondía como responsable de la gestión contractual del Departamento del Putumayo y durante el periodo que sirve como Gobernador, conforme se desprende del numeral 5° del artículo 26 de la ley 80 de 1993".

Soporte Probatorio

Estaba constituido por los oficios Nos. SPEA-8488 del 23 de enero de 2004, SPEA-9695 del 13 de abril de 2004, SPEA-123904 del 3 de marzo de 2005 y SPEA-13984 del 27 de abril de 2005, remitidos al entonces Gobernador CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO por la firma interventora SPEA INGENIERÍA EUROPEA frente a los cuales no se habría dado respuesta suficiente por parte del señalado Gobernador del Putumayo, ni de ninguno de sus subalternos.

Descargos

A título de descargos, el investigado sostuvo que:

"No conoció la existencia del convenio materia de investigación, por cuanto fue celebrado en el año 2002 y su administración comenzó en el año 2004, sin que en las actas de entrega del cargo se hubiera hecho referencia a contratos o documentos que se hubieran realizado; a más que dicha obligación en el caso ventilado le correspondía a la Secretaría de Infraestructura y Financiera".

"Aunque una de sus obligaciones era la de atender los requerimientos hechos a la Gobernación del Putumayo, para tales menesteres de contestar la correspondencia recibida, existía una estructura administrativa, integrada por varias secciones, como la Oficina de Correspondencia y la Secretaría Privada; de tal manera que al Gobernador solamente se le comunicaría lo necesario y que fuera de su propia incumbencia, en tanto que cuando las solicitudes no eran de complejidad, se asignaba su trámite de respuesta a la Secretaría correspondiente".

"Frente al caso concreto de los oficios mencionados en los cargos, manifestó no recordar haberlos recibido y que para establecer la falta de gestión en la respuesta a la señalada correspondencia, debía encontrarse demostrado que la misma llegó a sus manos y que no le impartió el trámite correspondiente; pues de lo contrario, si tales oficios no llegaron a sus manos, no podía él responder por su falta de contestación".

Fallo de Primera Instancia

En providencia del 14 de julio de 2010, que desató la primera instancia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal declaró responsable al gobernador del Putumayo por el cargo formulado y le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por seis meses, la cual fue convertida en multa equivalente a seis meses de salario, por cuanto el disciplinado al momento del fallo ya no se desempeñaba como gobernador. La sanción impuesta se fundamentó en las siguientes consideraciones:

"Para este Despacho no es de recibo la tesis expuesta por PALACIOS PALACIO acerca de su aparente desconocimiento del señalado convenio interadministrativo, así como de los requerimientos que acerca de su trámite le cursó la firma interventora, puesto que en virtud de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 26 de la ley 80 de 1993, en tanto responsable de la óptima gestión contractual en el ente departamental a su cargo, no puede el implicado excusar su falta de respuesta a los requerimientos de la firma interventora en el supuesto de hecho de que no se le pusieron de presente tales requerimientos".

"Además, de la diligencia de visita especial practicada en los archivos de la Gobernación del Putumayo sobre los libros de registro de la correspondencia recibida de la firma interventora SPEA INGENIERÍA EUROPEA, durante la época de los hechos en relación con el convenio en cuestión, para cuya práctica se convocó al comprometido, *si bien no se desprende que se le hubiera entregado de manera directa a PALACIOS PALACIO la señalada correspondencia; tampoco de dicha diligencia se puede deducir con absoluta suficiencia que tal correspondencia no hubiera sido allegada a la Gobernación del Putumayo, pues como se ve no se dio un registro exacto y fidedigno de todos los oficios recibidos de parte de la firma SPEA INGENIERÍA EUROPEA, en la medida en que en algunos casos no se anotó el número de del oficio recibido o que en otros casos se trastocó dicha documentación*" (énfasis fuera del texto).

"Sin que tampoco constituyan excusas válidas de la irregularidad que se le reprocha, lo alegado en el sentido de que algunos oficios no pasaban por sus manos sino que eran entregados a los Secretarios Departamentales para su trámite, por lo que no se enteraba de su contenido [...] toda vez que por la razones anotadas a lo largo de este acápite considerativo no puede el implicado simplemente sostener que no conoció los requerimientos hechos por la firma interventora pues en virtud del principio de responsabilidad en la contratación estatal, tal como se desarrolla en el numeral 5° del artículo 26 de la ley 80 de 1993, siempre y en todo caso debía velar por el óptimo curso de los contratos y convenios suscritos por el ente departamental a su cargo, dentro del cual se contaban las oportunas y suficientes respuestas que debía dar a la interventoría del proyecto, tal y como se había pactado en el propio convenio".

"El hecho de que en la práctica los requerimientos pudieran ser atendidos por parte de funcionarios subalternos, en modo alguno inhibe su responsabilidad por la incompleta o tardía respuesta a tales requerimientos, en razón al señalado principio de responsabilidad en materia de contratación estatal".

El análisis de culpabilidad realizado por la Procuraduría fue el siguiente:

"Tomando en cuenta que al no dar respuesta oportuna y suficiente a los requerimientos que le cursara la firma interventora SPEA INGENIERÍA EUROPEA con relación al desarrollo y ejecución del convenio, el implicado faltó al correcto ejercicio [sic] de su facultad de dirección sobre dicho proceso contractual, máxime si se tiene en cuenta que fueron varias la comunicaciones que se le dirigieron directamente por parte de dicha firma interventora; es claro que aquel cometió la falta disciplinaria por la que ahora se sanciona con culpa".

Como se puede deducir con facilidad de los acápites transcritos, dada la condición del disciplinado como representante legal del departamento del Putumayo, la Procuraduría General de la Nación, con fundamento en el principio de concentración de la responsabilidad establecido en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, sancionó al gobernador Palacios por no haber atendido los requerimientos de la firma interventora a través de cuatro oficios, cuyo conocimiento por parte del sancionado nunca se probó, pues, en consideración del ente de control, el representante legal sancionado, siempre y en todo caso debía velar por el óptimo curso de los contratos y convenios suscritos por el ente departamental a su cargo.

La condición de representante legal se convirtió así en el único parámetro determinante de la exigibilidad del deber de dar respuesta a los requerimientos

presentados, independientemente y a pesar de la inexistencia de prueba sobre el conocimiento efectivo que hubiese podido tener el sancionado sobre la existencia de las peticiones hechas por la firma interventora.

Segundo caso

El segundo caso que se presenta como eje de análisis fue resuelto por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dentro del expediente radicado con el No. 165-104369-2004, adelantado en contra de Hugo Alberto Gnecco Arregocés y Fernando Bornacelly Lobo, en sus condiciones de alcalde y secretario de obras del municipio de Santa Marta, respectivamente.

Los hechos que a continuación se presentan son una síntesis extraída del fallo de primera instancia proferido 24 de mayo de 2007. Los apartes citados entre comillas son una reproducción literal del contenido del fallo.

Al señor Gnecco Arregocés se le formuló el siguiente cargo:

Cargo Imputado

"En su calidad antes anotada, omitió ejercer la vigilancia y control, del convenio interadministrativo No. 010 de 4 de febrero de 2002 (folios. 23 a 29 c.o.), celebrado por el secretario de Obras Públicas, con la Administradora Pública Cooperativa de Municipios y Entidades Públicas —COMENTE—, para la ampliación y remodelación del Liceo Antonio Nariño del Distrito de Santa Marta, por \$199.999.991,86, para que se ajustara a los precios del mercado, por cuanto existió un sobreprecio del valor del contrato del 7,03%, aproximadamente, es decir de \$14.050.431,39, según el informe rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales (folios. 197 a 204 c.o)".

"Igualmente omitió ejercer la vigilancia y control sobre el mencionado acto bilateral, ya que se le pagó a la Cooperativa COMENTE, por concepto del A.I.U., igual al 30% del total de los costos directos de la obra por \$46.096.418,30, porcentaje que no obedece a un costo ajustado a las condiciones del mercado, ya que el valor justo y razonable para el pago del porcentaje del A.I.U., se estimaba entre un 20% y 25% de los costos directos de la obra, según informe técnico de la Dirección de Investigaciones Especiales".

"Con la anterior conducta permitió que existiera un incremento patrimonial no justificado a favor del contratista".

Sustento Probatorio

El sustento probatorio del cargo estuvo constituido por el decreto 150 de 2001, a través del cual el alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta delegó en el secretario de Obras Públicas la facultad de celebrar los contratos de obra pública del municipio, así como los estudios, diseños y consultorías necesarios para tal fin. El convenio interadministrativo 10 del 2 de febrero de 2002, suscrito por el secretario de

Obras Públicas con la Cooperativa de Municipios y Entidades Estatales "COMENTE", cuyo objeto fue la ampliación y remodelación del Liceo Antonio Nariño en Santa Marta, por valor de \$199.999.991,86, y el informe presentado por un funcionario de la Dirección Nacional del Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación en relación con el valor total del convenio y con el monto establecido como costos de administración, imprevistos y utilidad (A. I. U.), informe a partir del cual se determinó la existencia de sobrepagos y que contenía una comparación de los precios pactados en el convenio interadministrativo con los precios unitarios de mercado correspondientes a rubros como: demolición y retiro del piso, excavación y vigas de amarra para cimientos, instalaciones hidráulicas y sanitarias, carpintería metálica y de madera, instalaciones eléctricas, pisos y zócalos, pintura y cubiertas, entre otros relacionados directamente con la construcción de la obra contratada.

La defensa del alcalde adujo como principal argumento la existencia de una delegación conferida al secretario de Obras Públicas y la imposibilidad de Gnecco de ejercer al mismo tiempo todas las funciones que estaban a su cargo como alcalde.

Fallo de Primera Instancia

En providencia del 24 de mayo de 2007 que desató la primera instancia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal declaró responsable al alcalde por el cargo antes transcrito y le impuso una sanción de multa, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"En efecto, el disciplinado Gnecco Arregocés, mediante Decreto No. 150 de 21 de febrero de 2001, delegó en el Secretario de Obras Públicas Distrital, la facultad de celebrar contratos, todos aquellos cuyo objeto sea la ejecución de obras públicas, así como también los estudios, diseños y consultorías que se requieran para tal fin, siempre que la cuantía no exceda el equivalente a 20 veces los montos fijados por la Ley para que el contrato sea de menor cuantía (fl. 154 c1)".

"Respecto a la responsabilidad del jefe de la entidad en las funciones que delega en lo atinente a la contratación, es preciso señalar que el art. 26 de la Ley 80 de 1993 establece en su numeral 5º: 'La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma'".

"Por su parte, en desarrollo del art. 211 de la Constitución Política y de los principios establecidos por los arts. 1 y 209 del mismo ordenamiento superior, el art. 12 del Estatuto Contractual autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar, total o parcialmente, la competencia para celebrar contratos y, adicionalmente, desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes".

"También es cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que la delegación no exime en forma absoluta de responsabilidad al delegante, sobre quien eventualmente puede recaer bajo determinadas circunstancias".

"En punto a lo anterior, acudiendo a la regulación constitucional y legal de la figura, la Corte recuerda que al delegante se le atribuyen una serie de facultades en su condición de titular del empleo, las cuales debe ejercer en relación con la delegación producida y en el marco de su vínculo con el delegatario. Esas atribuciones tienen que ver con medidas de instrucción, el señalamiento de políticas y orientaciones generales en aplicación del principio de unidad de la administración, la revisión y seguimiento de las decisiones del delegatario. Igualmente, indica la Corte Constitucional, que al delegante corresponden deberes de dirección, orientación, seguimiento y control del ejercicio de la delegación".

"Es así que en el caso bajo estudio, no se observa que el Delegante hubiera ejercido control, revisión o seguimiento alguno a las funciones delegadas en el secretario de Obras Públicas de dicho ente territorial, pues en la ejecución del contrato No. 010 de 2002, cuyo objeto fue la ampliación y remodelación del Liceo Antonio Nariño en el Distrito de Santa Marta, por valor de \$ 199.999.991,86 (flío. 23 a 29 c1), se presentaron sobrecostos, hechos que se configuran cuando sin ninguna causa o explicación el valor pactado y pagado por la ejecución de una obra es superior al precio normal que realmente debió pactarse teniendo en cuenta las circunstancias de modo tiempo y lugar".

"Los sobrecostos de dicho acuerdo consensual se demuestran, en informe presentado por el funcionario de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en el que manifestó lo siguiente: 'Haciendo un análisis integral de los precios del contrato y los precios estimados por este comisionado se observa que existe una diferencia entre los precios contratados y los precios del mercado estimados para la época en que se ejecutaron las obras de CATORCE MILLONES CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN CON 39/100 PESOS MCTE. (\$14.050.431,39), es decir, se estaría hablando de un sobreprecio en el valor del contrato del 7,03% aproximadamente (folios 197 a 234 c1)".

"Así mismo en dicho informe se señaló que: 'en la propuesta del contratista (COMENTE), se estableció y se pagó un A.I.U. igual al 30% del total de costos directos de la obra (\$46.096.418,30) evidenciándose que este porcentaje no obedece a una estimación o cálculo soportado en condiciones establecidas por la Administración Distrital, que corresponden a un monto justo y razonable de acuerdo al tipo de obra y demás condiciones de modo, tiempo y lugar donde se ejecutó el proyecto".

"Por lo tanto se puede concluir que el presente de A.I.U. establecido y pagado (30%) por la Administración Distrital de Santa Marta en el contrato de la referencia, presuntamente no obedece a un costo ajustado a las condiciones del mercado y al tipo de obra ejecutada [...] En consecuencia, se puede concluir que un valor justo y razonable para el pago del porcentaje del A.I.U. para el proyecto referido, podría estimarse entre el 20% y 25% de los costos directos de la obra, es decir, se puede concluir que con el A.I.U. establecido y pagado (30%), presuntamente se estaría incurriendo en otro sobreprecio del valor del contrato".

"Con la conducta desplegada por el implicado Gnecco Arregocés, se violaron los numerales 1, 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80/93, los cuales establecen que los servidores públicos deben buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, proteger los derechos de la entidad que dirigen, responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, así como jefe máximo del ente territorial es responsable de la

dirección y manejo de la actividad contractual".

"En el presente caso el disciplinado Gnecco Arregocés como Alcalde del Municipio de Santa Marta estaba obligado a vigilar y controlar los actos del delegatario para que éstos se ajustaran a las normas legales y en el evento de que esta circunstancia no se diera, pudiera reasumir el ejercicio de la función delegada, pues como está demostrado en el expediente el burgomaestre delegó la facultad de celebrar contratos en el Secretario de Obras Públicas del Municipio, sin que se evidencie control alguno sobre dicha delegación. Pues en la ejecución del contrato No. 010 de 2002 suscrito con la Cooperativa COMENTE, como se demostró en el informe de Investigaciones Especiales hubo sobrecosto de \$14.050.431,39, así como hubo sobrecosto por concepto del A.I.U., igual al 30% del total de los costos directos de la obra por \$46.096.418,30 porcentaje que no obedece a un costo ajustado a las condiciones del mercado, ya que el valor justo y razonable para el pago del porcentaje del A.I.U., se estimaba entre un 20% y 25% de los costos directos de la obra, según informe de Investigaciones Especiales (fls. 197 a 204 c1)".

Calificación de la Falta y Análisis de Culpabilidad

"Ante la prosperidad de la incriminación endilgada, el Despacho mantiene la calificación efectuada en el fallo de primera instancia en el que catalogó la falta como GRAVE, habida consideración que HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCÉS, como Alcalde del Municipio de Santa Marta, y en virtud de lo establecido en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80/93 era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual y a proteger los derechos de la entidad, pues no obstante haber delegado la facultad de celebrar contratos en el Secretario de Obras Públicas del Municipio tenía que ejercer control sobre dicha delegación, omisión que conllevó a que hubiera sobrecostos en la ejecución del convenio No. 010 de 2002 suscrito con la Cooperativa COMENTE".

"Además, el grado de jerarquía y mando del inculpado, jefe máximo de la entidad le imponía deberes más rigurosos, concretamente hacer cumplir las normas legales ya aludidas, que al parecer fueron inobservadas por dicho funcionario".

"En cuanto a la imputación subjetiva, se mantiene la efectuada en el pliego de cargos a título de dolo, puesto que omitió deliberadamente sus deberes de vigilancia y control sobre la ejecución del contrato, deberes que se consagran en las normas de imperativo cumplimiento y, por ende, de inescapable observancia" (énfasis fuera del texto).

De las consideraciones expuestas en el fallo proferido contra el alcalde de Santa Marta se puede concluir que la sanción se soportó en su calidad de "responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual", esto es, en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 y en la omisión del ejercicio de los deberes de control y vigilancia que como delegante debía desarrollar sobre el delegatario, que en ese caso era el secretario de Obras Públicas.

Verificada la existencia del presunto sobrecosto en el convenio interadministrativo, su condición de alcalde y la no ejecución de los deberes antes citados, la Procuraduría dedujo la existencia de culpabilidad en cabeza del Gnecco y en la modalidad de dolo, "puesto que omitió deliberadamente sus deberes de vigilancia y control sobre la ejecución del contrato, deberes que se consagran en las normas de imperativo cumplimiento y, por ende, de inescapable observancia".

En el fallo expuesto, la condición de representante legal, a la cual se encuentra adscrito el principio de concertación de responsabilidad regulado en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, se convirtió en el parámetro determinante de la exigibilidad del deber de control y vigilancia, con lo que se omitió, por esta vía, realizar un análisis del contenido personal inherente al cargo del alcalde. En ningún acápite de la providencia se determinaron las condiciones y calidades que se requerían para aspirar y desempeñarse como tal ni las ostentadas al momento de los hechos por el disciplinado, para compararlas con las competencias que requería la ejecución de los deberes de control y vigilancia y derivar de tal comparación el alcance concreto de estos deberes en el caso *sub judice*, así como el grado de culpabilidad de su titular.

5.2. El principio de culpabilidad en los ámbitos penal y disciplinario

Siguiendo a Mir Puig (2005), se puede señalar que en materia penal la palabra "culpabilidad" se ha utilizado en dos sentidos. En sentido amplio, como un conjunto de presupuestos que permiten "culpar" a alguien por el evento que motiva la pena, sentido en el cual adquiere la característica de límite al *ius puniendi* que propende a la legitimidad de la sanción y afecta a todos los elementos del concepto de delito; y en sentido estricto, como referencia exclusiva a la categoría dogmática de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito que condiciona la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor (p. 132).

Dentro del principio de culpabilidad en sentido amplio, la doctrina²⁶ suele incluir los siguientes subprincipios:

1) El principio de personalidad de las penas, que impide responsabilizar o sancionar a un sujeto por delitos ajenos. En palabras de Velásquez Velásquez (2002, p. 56): "Exige y posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal solo pueda ser atribuido a la persona que actúa; el delito entonces solo es concebible como hecho de un autor y como producto de ello la sanción debe ser individual o estrictamente personal alcanzando únicamente a quien ha trasgredido la ley en su calidad de autor o partícipe mas no a terceros".

2) El principio de responsabilidad por el hecho, según el cual una persona solo responde por sus hechos u omisiones y no por sus características personales, como pueden serlo el sexo, la raza, el credo o la profesión, entre otros, lo cual supone el rechazo a las formas de culpabilidad de autor o por el carácter (Quintero Olivares y Morales Prats, 2001, p. 406). Este subprincipio está expresamente consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución, según el cual "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa", norma de la que se deduce que no hay delito sin conducta y que el derecho penal colombiano es un derecho punitivo del acto en oposición a un *ius puniendi* de autor (C. Const., C-237, 1997).

3) El principio de imputación personal, también denominado "exigencia de culpabilidad" en sentido estricto. Este principio se concreta en que "para imponer una pena o sanción es necesaria la existencia de culpabilidad como categoría del delito diferenciada del juicio de antijuridicidad (que recae sobre el hecho y se formula *erga omnes*), para asegurar que se valora la situación concreta del autor" (Quintero Olivares y Morales Prats, 2001, p. 406).

²⁶ Sobre este tema pueden consultarse: Bacigalupo (1997); Quintero Olivares y Morales Prats (2001); Velásquez Velásquez (2002); Mir Puig (2005).

4) Y el principio de proporcionalidad entre el grado de culpabilidad y la pena, en el cual la culpabilidad opera ya no como fundamento, sino como límite a la pena, como determinante del *quantum* de la pena.

En lo que se refiere a la culpabilidad en sentido estricto, la doctrina ha adoptado diferentes posturas a lo largo del tiempo. A continuación se hará una breve referencia a algunas de ellas, con apoyo en la obra del profesor Fernando Velásquez Velásquez.

Bajo la denominada concepción psicológica, la culpabilidad es una relación psicológica entre el acto y el autor, una relación subjetiva del autor con el resultado (Velásquez Velásquez, 2010, p. 524), en la cual el dolo o la culpa son formas de culpabilidad (Roxín, 1997, p. 794). Según esta corriente, el autor de un comportamiento sería culpable cuando siendo imputable hubiera querido obtener el resultado o hubiera llegado a él por negligencia o imprudencia. La culpabilidad tendría como presupuesto la imputabilidad y estaría integrada por el dolo y la culpa como formas de culpabilidad.

Bajo la concepción mixta o psicológico-normativa, la culpabilidad deja de ser un mero fenómeno psicológico que relaciona al autor con el resultado, para pasar a ser, también, un juicio de desvalor o reproche. El reproche se formula a una persona por no haber actuado de otro modo y se concreta en una falta de voluntad, de la cual el dolo y la culpa son especies (Velásquez Velásquez, 2010, p. 525). Roxin (1997, p. 795) comentando la obra de Reinhard Frank considerado uno de los exponentes de esta teoría, señala que este autor partiendo de observar que en el estado de necesidad aun cuando el autor ejecute su acción con conciencia y voluntad, se excluye la culpabilidad, concluyó que esta no se conformaba única y exclusivamente por la relación psíquica del sujeto con el

resultado, y formuló un concepto de culpabilidad integrado por tres elementos: la imputabilidad, el dolo y la culpa, y la normalidad de las circunstancias en las que actuó el sujeto, elementos que agrupó en el concepto de "reprochabilidad" (p. 795), entendiendo que existe culpabilidad cuando la conducta es reprochable por estar presentes los anteriores elementos.

La concepción estrictamente normativa de la culpabilidad parte de señalar que el dolo y la culpa no son formas o especies de ella, como lo sostenían la teoría psicológica y la mixta, sino que forman parte del tipo y como tal son formas de acción (Velásquez Velásquez, 2010, p. 527). Según esta teoría, el juicio de culpabilidad está integrado por la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, configurándose la culpabilidad como un juicio de reproche de carácter personal, que se formula al autor de un hecho cuando, a pesar de haberse podido motivar de conformidad con la norma, optó por comportarse de manera distinta (p. 528). En la posibilidad de obrar conforme a derecho está el fundamento del juicio de reproche. Para esta concepción teórica.

Junto a las anteriores concepciones, el profesor Velásquez Velásquez (2010) formula su concepto personal sobre el contenido de la culpabilidad penal, refiriéndose a ella como un juicio de exigibilidad, en virtud del cual:

Se le imputa a un agente la realización de un injusto penal, pues —dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa— al realizarlo se hallaba en la posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obró ejerciendo esa posibilidad. Se trata, entonces, de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en cuya virtud el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos —según un rito procesal consagrado con

anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal— por no haber actuado conforme a la norma," [características que demuestran] el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de un gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual [p. 522].

En el ámbito disciplinario, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han abordado la culpabilidad disciplinaria no desde el sentido amplio, donde se asimila con el conjunto de presupuestos que permiten "culpar" a alguien por el evento que motiva la sanción, sino desde el punto de vista estricto, es decir, como elemento condicionante de la atribución de una conducta (acción u omisión) a un sujeto.

Así, para Gómez Pavajeau (2007. p. 421), "la culpabilidad en derecho disciplinario comporta la presencia de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta".

Para Sánchez Herrera (2007. p. 51):

La culpabilidad disciplinaria se hace recaer, por una parte, en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y, por otra, en la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, en el dolo y la culpa.

Y para Torres (2006, p. 60), el concepto de culpabilidad en materia disciplinaria "queda reducido al juicio de reproche, producto de la imputabilidad y a la posibilidad de exigir otro comportamiento al sujeto disciplinario".

Por su parte, la Corte Constitucional (C-310, 1997; C-708, 1999) equiparó la culpabilidad disciplinaria al "juicio de exigibilidad", en virtud del cual se le imputa al funcionario público o al particular que ejerza funciones públicas la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen.

En la sentencia C-310, la Corte consideró:

Por otra parte, el artículo 14 del Código Disciplinario Único, del cual forma parte la norma impugnada, dispone que "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa". Lo cual está acorde con la Constitución, que también "proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona como obra suya no sólo de manera objetiva (autoría material) sino también subjetiva (culpabilidad), en cuanto sujeto dotado de dignidad y libertad (C.P. arts. 1 y 16).

La culpabilidad es la misma responsabilidad plena, la cual comporta *un juicio de exigibilidad* en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, dentro de un proceso que se ha de adelantar con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un debido proceso y el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste al imputado [énfasis fuera del texto].

Y en la sentencia C-708, se lee:

Nuestro ordenamiento superior, optó por la presunción de inocencia del enjuiciado por la comisión de un hecho punible, hasta tanto sea declarado judicialmente culpable (C.P., art. 29). Lo anterior parte de la necesaria

demostración de una responsabilidad subjetiva en la actuación investigada, y aplicable en idénticos términos al juicio disciplinario en donde el fallador deberá adoptar una decisión atado a ese grado de culpabilidad del disciplinado, como así lo ordena el mandato del artículo 14 de la Ley 200 de 1995:

"Artículo 14. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

De manera que, un juicio de responsabilidad, bien en materia penal o disciplinaria, no es completo sin el de la culpabilidad pertinente, a cargo del respectivo fallador. En la doctrina nacional sobre el particular se ha señalado lo siguiente:

Se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el *juicio de exigibilidad* en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos —según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal—. Por no haber actuado conforme a la norma (Velásquez Velásquez Fernando, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, pág. 492) [énfasis fuera del texto].

Más recientemente, en la decisión de tutela T-330 del 4 de mayo de 2007, la Corte citó las providencias antes referidas e identificó nuevamente la culpabilidad disciplinaria con el juicio de exigibilidad en comento.

5.3. El concepto de culpa en materia disciplinaria: la culpa como “diligencia exigible”

Como lo sostiene el profesor Fabricio Mantilla Espinosa (2004, p. 54), es importante precisar que “culpa” antes que todo es una palabra y que, como tal, su significado depende de los distintos usos que de ésta se haga dentro de los diferentes lenguajes particulares.

En el escenario jurídico y judicial, la palabra “culpa” es utilizada para expresar un juicio de valor respecto de una conducta concreta que es desaprobada o censurada por la sociedad (Mantilla Espinosa, 2004, p.55).

Al referir la palabra “culpa” a un juicio de valor que se realiza sobre una conducta o comportamiento ¿puede decirse que existe una culpa disciplinaria, o en otras palabras, un juicio de valor propio del derecho disciplinario y por lo tanto distinto del que rige en materia penal o civil?, o ¿existe un único concepto de culpa o un único juicio de valor aplicable por igual en todos esos campos?

Un ejemplo permitirá encontrar la respuesta a las anteriores preguntas.

Piénsese en el caso hipotético de un hombre que en cumplimiento de su función como conductor de una entidad pública, transporta al representante legal de la entidad con destino a las oficinas del ministerio de hacienda donde este tiene una reunión. Aquel hombre, conduciendo el vehículo por una avenida de Bogotá en sentido norte - sur, al atravesar una intersección vial choca con otro automotor que se desplazaba en sentido oriente – occidente, resultando gravemente herido el conductor de éste último vehículo.

Tratándose de unos mismos hechos y una misma conducta, el comportamiento del conductor de la entidad pública entra en la órbita regulatoria del derecho civil, del derecho penal y del derecho disciplinario, con diferentes efectos y consecuencias.

En materia civil se hablará de una posible responsabilidad extracontractual; en materia penal se podrá estar frente a un posible delito de lesiones personales; y por ser el conductor un funcionario adscrito a una entidad pública que se encontraba en cumplimiento de sus funciones, será necesario adelantar un proceso disciplinario para determinar si este funcionario ejecutó una conducta dolosa o culposa que haya causado el siniestro, o contribuido a su ocurrencia.

Aunque se trata de una misma conducta que tuvo lugar en un mismo contexto fáctico, por caer bajo la órbita regulatoria de tres ramas del derecho ¿se puede concluir que el conductor del automóvil actuó con tres diferentes clases de culpa, una civil, una disciplinaria y una penal? Continuemos con el ejemplo.

Para determinar si puede calificarse de culposo el comportamiento del conductor que en ejercicio de sus funciones transportaba al representante legal de la entidad pública a la cual pertenecía, en materia disciplinaria se tendría que acudir a las definiciones de culpa gravísima y culpa grave consagradas por el párrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002²⁷, estatuto que debe hacerse la acotación en este momento, no se ocupó de definir lo que debe entenderse por culpa leve, grado de culpa para el cual tampoco dispuso sanción alguna. Según esta norma:

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

En materia penal se debería acudir al artículo 23 de la ley 599 de 2000 que dispone:

²⁷ El concepto de dolo será analizado en el acápite subsiguiente.

La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Y en el Código Civil, al artículo 63 que distingue y define tres especies de culpa y una de dolo en los siguientes términos:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Y al artículo 2356 del mismo Código que señala:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

Aunque el artículo 63 del Código Civil se aplica principalmente en materia contractual de la mano del artículo 1604 *ibídem*, para agravar o aligerar la responsabilidad del deudor incumplido de acuerdo con la utilidad que reciban las partes del contrato celebrado, también tiene aplicación en el ámbito extracontractual para los casos de concurrencia de culpas, de conformidad con el artículo 2357 del mismo estatuto, según el cual, el monto indemnizable se reducirá en caso de que la víctima haya contribuido culposamente a su producción (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 215).

Al realizar un análisis comparativo desde el punto de vista literal entre las diferentes definiciones de culpa incluidas en la ley disciplinaria, civil y penal, se encuentra una correspondencia entre la culpa grave disciplinaria entendida como la “inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”, con la culpa leve civil entendida como “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.

En los demás eventos, aunque desde el punto de vista literal no se encuentra una correspondencia clara entre las definiciones de culpa que traen las legislaciones civil, penal y disciplinaria, al profundizar en la forma en que éstas definiciones han sido desarrolladas por la doctrina especializada, se puede identificar la existencia de un elemento común a partir del cual se puede develar la función concreta y real que “la culpa” cumple en el marco de los diferentes sistemas de responsabilidad, así como las particularidades que adquiere en los diferentes ámbitos o materias del derecho.

En materia penal ha explicado el profesor Fernando Velásquez Velásquez (2010, p. 435), que para determinar si el deber objetivo de cuidado fue o no vulnerado, el juez debe establecer si el presunto responsable, en el contexto fáctico investigado, realizó la conducta como la habría ejecutado cualquier hombre razonable y

prudente en la situación del autor y en caso de que se concluya que el autor no obró acorde con tales exigencias, se estará frente a una infracción del deber objetivo de cuidado.

En concepto de este autor (2010. p. 437):

El criterio del hombre medio en el mismo sector del tráfico jurídico –el llamado estándar medio-, equivale al buen padre de familia de que habla la ley civil (artículo 63), es también una pauta de suma importancia en virtud de la que el juzgador puede valorar la conducta, examinada a la luz de la actuación que hubiera llevado a cabo un hombre prudente y diligente puesto en la misma situación del autor. Por supuesto, si la actuación del agente se mantiene dentro de los marcos propios de tal pauta, no puede afirmarse la violación del deber de cuidado; y, al contrario, si se sale de tales límites, procede la imprudencia a condición de que se reúnan las demás exigencias típicas. Así las cosas, para precisar si en un caso en concreto un anestesiólogo viola el deber de cuidado y produce la muerte del paciente, el analista debe indagar cómo habría actuado un profesional en tal especialidad médica, en las mismas condiciones en las que lo hizo el autor.

En el campo civil, Mantilla Espinosa (2004, p. 58) también considera que la determinación de la existencia o inexistencia de culpa, requiere una comparación entre el comportamiento dañoso del sujeto específico y el comportamiento de un sujeto hipotético, bien sea a través del artículo 63 del Código Civil que establece como parámetros de comparación a las “personas negligentes o de poca prudencia”, el “buen padre de familia” o el “hombre juicioso de esmerada diligencia”, o en materia extracontractual en el marco del artículo 2350 que también erige como parámetro de comparación al “buen padre de familia”.

Al contrastar las definiciones de culpa que se encuentran en la ley 734 de 2002, en el Código Civil y en el Código Penal, se puede identificar la existencia de un elemento común que permite develar la función concreta y real que este concepto cumple en el marco de los diferentes sistemas de responsabilidad.

La palabra “culpa” envuelve un juicio de valor que se realiza sobre un comportamiento, a partir de su comparación con un modelo de conducta o parámetro normativo (por ejemplo el modelo del “buen padre de familia”), adoptado por el legislador como referente del comportamiento debido o exigido para el cumplimiento de los fines que el Estado se propone alcanzar a través de las diferentes ramas del derecho.

La función primaria de la “culpa” como elemento integrante de los sistemas de responsabilidad civil, penal y disciplinario, es pues, la de establecer los parámetros de “*diligencia exigible*” por referencia a los cuales valorar las conductas o comportamientos que el legislador considera importante regular para el cumplimiento de los fines del Estado. En otras palabras, hablar de “culpa” bien sea en materia civil, penal o disciplinaria, es hablar de la diligencia exigida por el legislador a los destinatarios de esos estatutos normativos, por lo que calificar una conducta como “culposa”, equivale a señalar que la persona que ejecutó dicha conducta, no observó la diligencia exigida por el sistema de responsabilidad bajo el cual es juzgada.

En materia civil los modelos de conducta referentes a “persona negligente o de poca prudencia”, “buen padre de familia” y “hombre juicioso de esmerada diligencia”, son usados por el legislador para fijar el nivel de diligencia exigible al deudor contractual, dependiendo del grado de utilidad que derive del contrato. A mayor utilidad mayor diligencia y a menor utilidad, menor diligencia²⁸.

²⁸ Artículo 1604 Código Civil. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se

En materia penal donde imperan unas relaciones generales de sujeción, el deber objetivo de cuidado es definido por referencia al hombre medio razonable y prudente puesto en la situación del autor.

Y en el campo del derecho disciplinario, a través del cual el legislador nacional reguló bajo la forma de deberes, prohibiciones y faltas gravísimas entre otras, un conjunto de conductas consideradas importantes para lograr la obediencia, la disciplina, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos (C. Const., C -030, 2012), el grado de exigibilidad en el cumplimiento del deber funcional fue fijado por referencia al cuidado que “una persona del común” imprime a sus actuaciones, cuando en el artículo 44 del Código Disciplinario Único se estableció que la culpa grave surge “cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”.

Aunque además de la definición de culpa grave, el artículo 44 en mención también contiene una definición de culpa gravísima, la cual es concebida como aquella que surge de la ignorancia supina, la desatención elemental o la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, de estos conceptos no se puede extraer la existencia de un modelo de conducta diferente a la “persona del común” que eleve el nivel de diligencia exigible al servidor público.

Según el diccionario de la lengua española de la Real Academia (XXII ed.), la ignorancia supina es la que: “procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse”. La desatención elemental es aquella falta de atención: “Obvia, de fácil comprensión, evidente”. Y la violación manifiesta el quebrantamiento: “Descubierto, patente, claro” de reglas de obligatorio

hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

acatamiento que debía observar el disciplinado en el cumplimiento del deber funcional por el cual se le investiga.

En el concepto del autor de la presente tesis, la negligencia en aprender lo que puede y debe saberse no puede entenderse como la contracara de una diligencia superior a la que una persona del común imprime a sus actuaciones, pues también ésta debe aprender y saber lo necesario para la atención de sus asuntos.

De otra parte, el hecho de que se haya incurrido en falta a través de una evidente u obvia falta de atención, o infringiendo de manera clara y patente normas de obligatorio acatamiento, no dice nada a cerca del grado de diligencia que le era exigible al servidor en el cumplimiento de sus funciones. De una evidente falta de atención y de una infracción clara y patente, no se puede derivar en sana lógica la existencia de un deber de diligencia superior o mayor a la que el “hombre del común” imprime a sus actuaciones.

Bajo el anterior contexto, en el presente trabajo de grado se sostiene, que será por comparación y contraste con el cuidado y diligencia que “una persona del común” imprime a sus actuaciones, que en cada caso concreto se debe analizar la existencia o no de “culpa” en el comportamiento desplegado por los sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, tanto en lo que corresponde a la culpa grave, como a la culpa gravísima, distinguiéndose ésta última de la primera, no por la incorporación de un modelo de conducta superior y más exigente, sino porque la conducta constitutiva de falta se comete a través de una obvia falta de atención o de la infracción patente y manifiesta de reglas que el disciplinado debía observar para el cumplimiento de sus funciones.

Aunque la diligencia exigible es la misma, el legislador disciplinario realiza un mayor reproche (ya no como grave sino como gravísimo) sobre aquellos

comportamientos ejecutados con una evidente falta de atención o a través de una manifiesta violación de reglas de obligatorio cumplimiento.

Así, en los casos donde la afectación del deber funcional ha ocurrido a través por la ausencia del cuidado necesario que los hombre del común imprimen a sus actuaciones, sin que la conducta ejecutada evidencie una obvia falta de atención o una manifiesta violación de reglas de obligatorio cumplimiento, la culpa será grave; mientras que en los casos donde además de la ausencia del cuidado necesario que los hombres del común imprimen a sus actuaciones, se observa una obvia falta de atención o una infracción manifiesta de normas de obligatorio acatamiento, la culpa será gravísima.

Ahora bien, ¿cuál es la diligencia exigible a una persona del común? y ¿cuál es el cuidado necesario que una persona del común imprime a sus actuaciones?

En primera medida debe señalarse, que lo “común” se entiende por referencia a lo ordinario y normal y por contraposición a lo extraordinario. Así, la diligencia o cuidado exigible a una persona del común es una diligencia media y ordinaria y no extraordinaria. La diligencia de una persona del común equivale a la diligencia normal o cuidado mediano que en materia civil se considera propio del buen padre de familia y que se corresponde en ese estatuto sustantivo, con la definición de culpa leve.

Bajo este entendido, la diligencia exigible a los sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, es decir, la que estos deben observar en el cumplimiento de sus funciones, es una diligencia media y no extraordinaria, un cuidado ordinario y no excesivo.

Sin embargo, la existencia de una similitud desde el punto de vista literal entre la definición de culpa grave disciplinaria y la de culpa leve propia del derecho civil, la

primera definida como “la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones” y la segunda como “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” a la cual se opone una diligencia o cuidado ordinario o mediano, lo que debe entenderse por diligencia “ordinaria”, “mediana” o “normal” se determina en uno y otro campo, a partir de diferentes parámetros.

En materia civil contractual, se establece por referencia al objeto contratado, razón por la cual, la diligencia exigible a un buen padre de familia será el cuidado ordinario o mediano necesario para la realización del objeto contratado.

En materia disciplinaria por su parte, la diligencia ordinaria o mediana se debe determinar por relación al componente personal del empleo público compuesto por las condiciones y calidades que se exigen para ingresar a los puestos de trabajo del aparato administrativo (Rincón Córdoba, 2009, p. 147). Según el artículo 19 de la ley 909 de 2004, el componente personal del empleo se refiere al “perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia”.

Debido a que una persona asume las funciones adscritas a un cargo, siempre y cuando cumpla con las exigencias que el ordenamiento jurídico le pide para ingresar a la administración, será por relación y contraste con esas exigencias que se determinará en cada caso en concreto, cuál era la diligencia o cuidado normal, mediano u ordinario que debía haber observado el disciplinado en el cumplimiento de sus funciones.

Por ejemplo, si para el ingreso y desempeño de un cargo se exige únicamente el título de arquitecto, será por referencia al cuidado que un arquitecto no especializado y sin experiencia específica hubiera observado en el mismas

condiciones en que se encontraba el sujeto disciplinado, que se determinará si éste incurrió o no en culpa desde el punto de vista disciplinario.

Lo propio sucederá en el caso de que juzgue la conducta observada por un funcionario que ocupa un cargo para cuyo desempeño no se exigía título profesional alguno, sino tan solo, el grado de bachiller, pues dados los requisitos exigidos para el ingreso y desempeño del cargo, su culpa no se podrá determinar por referencia al modelo de conducta de un profesional, sino por relación al comportamiento que hubiera observado un bachiller puesto en las mismas condiciones en que el disciplinado actuó.

5. 4. El contenido del dolo en materia disciplinaria

Mientras en el artículo 63 del Código Civil y en el 22 del Código Penal se consagraron definiciones expresas de lo que debe entenderse por “dolo”, la ley 734 de 2002 no obstante haberse ocupado de definir los conceptos de culpa grave y culpa gravísima para efectos disciplinarios, no contiene una definición del dolo.

En materia civil el dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, definición que según la Corte Constitucional (C-1008, 2010), concuerda con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno.

En el campo penal el artículo 22 de la ley 599 de 2000 prescribe, que la conducta es considerada dolosa “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización” y cuando “la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Por su parte, el Código Disciplinario Único aún cuando señala en su artículo 13 que las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o culpa y aunque el dolo en esta ley cumple un papel importante en la determinación de la gravedad o levedad de la falta (Art. 43) y en la fijación de la sanción aplicable (Art. 44), no contiene una definición del mismo, dejando al operador jurídico la tarea de establecer su contenido y abriendo por esta vía el camino para la disparidad de criterios.

Según Gómez Pavajeau (2007. p. 425):

Para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra al querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque la quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo.

Para Sánchez Herrera (2007, p. 56):

En materia disciplinaria, el dolo está integrado por los elementos de voluntad, conocimiento de los hechos, conciencia de la antijuridicidad y representación, empero, la voluntad y la representación son elementos accidentales, si están presentes, con más razón se atribuye esta forma de culpabilidad, empero si no lo están y sí los restantes, ellos son suficientes para la imputación dolosa. Tal aseveración tiene su soporte en que para el dolo disciplinario los elementos fundamentales y suficientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber, es decir, el conocimiento de la ilicitud de la conducta, pues los servidores públicos tienen como principal responsabilidad el conocimiento de las funciones y los deberes propios del cargo.

Y para el actual Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado:

En materia disciplinaria, si bien resulta importante el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud como componentes del dolo, no menos atención y especial consideración merece el elemento volitivo del mismo, sobre todo cuando tal aspecto es indispensable para poder diferenciar entre aquellos comportamientos dolosos y culposos (Ordóñez Maldonado, 2009, p. 71).

Quienes como Gómez Pavajeau consideran que para la configuración del dolo en materia disciplinaria solo se requiere el elemento cognitivo y no el volitivo, sostienen que el ilícito disciplinario se estructura sobre la infracción del deber funcional y no sobre el resultado de la acción, que el fin de la acción no es determinante en el derecho disciplinario, y que el objeto del reproche no es el resultado sino el desvalor de la acción.

En palabras de Pavajeau (2007, p. 425):

En fin, pues, si el resultado pasa a un segundo plano en el derecho disciplinario, no siendo el eje de construcción del reproche ético jurídico, en la medida en que los referentes psíquicos no se edifican teniéndolo como soporte, puesto que rige en la configuración del ilícito la concepción de la norma como norma de determinación y, en consecuencia, su esencia es el desvalor de la acción, concluyese que las nociones de dolo y culpa de que da cuenta el derecho penal no pueden utilizarse por el derecho disciplinario.

Aunque por su complejidad, el tema del dolo da por sí mismo para la realización de un trabajo de tesis autónomo sobre este tópico, a continuación se realizará una aproximación al mismo, que si bien no pretende agotar el tema, si busca aportar

nuevas herramientas y perspectivas que contribuyan a la determinación de su contenido. Para tal fin se partirá de los siguientes presupuestos:

- La razón de ser del derecho disciplinario es la regulación de “comportamientos” considerados importantes por el Legislador para garantizar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos y de esta manera asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del Estado (C. Const., C-030, 2012).
- Según las voces del artículo 23 de la ley 734 de 2002, se comete falta y hay lugar a sanción disciplinaria cuando se incurre “en cualquiera de las conductas o comportamientos” previstos en el Código Disciplinario Único que conllevan incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, de lo cual se deduce que no hay lugar a hablar de falta y consecuentemente de responsabilidad disciplinaria, sin la existencia de una “conducta o comportamiento”.
- Con la superación de la teoría psicológica de la culpabilidad, el dolo y la culpa no son modalidades ni especies de ésta, sino formas de ejecución de “comportamientos” que entran a formar parte del tipo o norma disciplinaria que describe la conducta constitutiva de falta.
- En materia disciplinaria rige el sistema de incriminación denominado *numerus apertus*, en virtud del cual es el operador disciplinario quien debe establecer qué modalidad de ejecución de la conducta (dolosa o culposa)

se encuentra inmersa en el tipo disciplinario, para lo cual deberá partir de la estructura del tipo o del significado de la prohibición.

Si no hay falta disciplinaria sin conducta; si el dolo y la culpa hacen parte de la descripción normativa del comportamiento constitutivo de falta; y si en razón del sistema de incriminación *numerus apertus* es el operador disciplinario quien, con fundamento en la estructura del tipo debe determinar si la conducta tipificada admite las formas de ejecución dolosa y culposa o únicamente dolosa, necesario es concluir que un análisis de las faltas incorporadas en la ley 734 de 2002 permitirá una mejor aproximación a los elementos constitutivos del dolo en materia disciplinaria.

Dicho análisis permitirá encontrar respuestas a las preguntas por el tipo de conductas que interesan al derecho disciplinario, los aspectos de la conducta que son relevantes disciplinariamente, el papel que juega en el marco del Código Disciplinario Único la finalidad o el propósito de la acción, y la importancia que el resultado de la conducta tiene en la configuración de la tipicidad y la antijuridicidad. De las respuestas halladas se extraerán los elementos de juicio necesarios para concluir si la voluntad de incurrir en el ilícito disciplinario es parte indispensable del dolo, o si su contenido está dado únicamente por el elemento cognitivo.

Al revisar las faltas incorporadas en la ley 734 de 2002 se encuentra, que aún cuando el principio de lesividad que orienta la acción penal por referencia a la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, no se aplica *mutatis mutandis* en materia disciplinaria, al analizar el listado de conductas tipificadas en el Código Disciplinario Único como prohibiciones y como faltas gravísimas, se encuentra entre ellas, un conjunto de normas que exigen de la presencia de un resultado material, tales como los numerales 5 y 13 del artículo 35 y 3 y 43 del artículo 48 de la ley 734, según los cuales:

Artículo 35. A todo servidor público le está prohibido:

5. Ocupar o tomar indebidamente oficinas o edificios públicos.

13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones [énfasis fuera del texto].

Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes:

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas [énfasis fuera del texto].

Así mismo, de la interpretación que la Corte Constitucional realizó sobre el artículo 5 de la ley 734 de 2002 se puede extraer, que la antijuridicidad propia del derecho disciplinario no es una antijuridicidad formal que sanciona la infracción del deber por el deber mismo, sino una antijuridicidad que exige como requisito para la configuración del ilícito disciplinario, que la infracción del deber funcional haya atentado contra el correcto funcionamiento del Estado y los fines por él perseguidos:

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines (C. Const. 948, 2002).

Y al verificar si en el ámbito disciplinario únicamente interesa la acción independientemente de la finalidad o propósito perseguido con la misma, o si estos elementos del comportamiento tienen importancia en la configuración de la tipicidad, se encuentran las siguientes normas:

Artículo 35. A todo servidor público le está permitido:

17. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, *a fin de conseguir* provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido.

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión *a sabiendas* de tal situación.

28. Manifestar indebidamente en acto público o por los medios de comunicación, opiniones o criterios *dirigidos a influir* para que la decisión

contenida en sentencias judiciales, fallos disciplinarios, administrativos o fiscales sean favorables a los intereses de la entidad a la cual se encuentra vinculado, en su propio beneficio o de un tercero.

Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes:

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social: a) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

42. Influir en otro servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita.

59. Ejercer funciones propias del cargo público desempeñado, o cumplir otras en cargo diferente, a sabiendas de la existencia de decisión judicial o

administrativa, de carácter cautelar o provisional, de suspensión en el ejercicio de las mismas.

61. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo [énfasis fuera del texto].

Las prohibiciones y faltas gravísimas previamente citadas demuestran, que las nociones de “intención” y “finalidad” de la acción no son ajenas al derecho disciplinario y que sin ellas, es imposible configurar la tipicidad de la conducta en cuanto a esas faltas se refiere.

Resumiendo lo expuesto hasta este punto encontramos, que el argumento de Gómez Pavajeau según el cual, la noción de dolo como conocimiento y querer no resulta aplicable en materia disciplinaria porque el fin y el resultado de la acción no son determinantes en la configuración del reproche disciplinario cuya esencia es el desvalor de la acción, pierde fuerza cuando se observa que en el marco de la ley 734 de 2002 y según la Corte Constitucional, toda conducta constitutiva de falta disciplinaria para ser considerada antijurídica debe haber afectado el correcto funcionamiento del Estado y de los fines por él perseguidos; que existen faltas disciplinarias específicas que exigen de un resultado material (“ocupación”, el “daño”, “la pérdida”, “el incremento”, la “alteración”) sin el cual no se puede configurar la tipicidad de la conducta; y que existen otras que exigen la presencia de un fin o de una intención en dicha conducta (“fin de conseguir”, “intención de”, “propósito de”), como requisito para la tipicidad del comportamiento.

Las nociones de intención y finalidad de la acción están directamente relacionadas con la voluntad y querer del sujeto que ejecuta el comportamiento y tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C – 155 de 2002, como elementos subjetivos de la conducta hacen parte del dolo y no de la culpa. En dicha providencia la Corte sostuvo que en virtud del sistema de incriminación denominado “*numerus apertus*”:

En principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, **salvo sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc.** Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición [negrilla fuera de texto].

De igual forma, al ser determinante el resultado de la acción tanto para la configuración de la tipicidad de las faltas disciplinarias transcritas, como para la consolidación de la ilicitud sustancial entendida como la afectación del correcto funcionamiento del Estado y de los fines por él perseguidos, termina siendo necesaria la valoración de la intención y querer del autor con respecto a ese resultado, pues sería ilógico y desproporcionado pensar que merece el mismo reproche tanto una conducta cuya ejecución estuvo determinada por la intención de incurrir en el ilícito disciplinario, como aquella cuya ejecución estuvo desprovista de ese querer.

Como lo señala Carlos Castilla del Pino (2000, p. 55), el ser humano se relaciona con su entorno a través de procesos cognitivos y procesos desiderativos, conoce y entre lo que se conoce desea y a través de la función desiderativa acepta o rechaza lo que lo rodea y por intermedio de esa selección se adapta a su entorno.

Lo propio sucede en los contextos regulados por el derecho y por supuesto, en el ámbito del derecho disciplinario. El sujeto destinatario de las normas disciplinarias con fundamento en los conocimientos que posee –en especial el conocimiento del deber funcional a su cargo-, selecciona entre alternativas de comportamiento posibles, decide entre ejecutar el deber de una u otra manera o entre cumplir con el deber funcional a su cargo o abstenerse de ejecución.

En ese proceso de elección por una u otra conducta, hay algo más que un componente cognitivo, ese algo permite pasar del estado de conocimiento de los comportamientos posibles en una situación de hecho concreta, a la ejecución de uno de ellos, transición generalmente medida por un proceso volitivo a través del cual el sujeto se decide autónomamente por uno u otro comportamiento, y se dice “generalmente” porque en ocasiones dicha transición no se produce por la decisión libre y voluntaria del sujeto, sino verbigracia, por la presencia de violencia o coacción ajena, o bajo estados mentales de trastorno o inconsciencia que afectan los procesos decisorios del sujeto.

El proceso volitivo a través del cual el sujeto se decide por uno u otro comportamiento es propio de la ejecución tanto de las conductas dolosas, como de las culposas, aunque presenta características diferenciadoras en uno u otro caso.

El hecho de que una persona actúe sin el cuidado necesario que demanda una actividad, o en otros términos, lo haga de manera negligente o poco prudente, no implica que dicho sujeto haya actuado sin voluntad, pues, tanto en las conductas dolosas como en las culposas, el sujeto a cuyo cargo se encuentra la ejecución de un deber funcional, selecciona entre alternativas de comportamiento posibles y decide entre ejecutar el deber de una u otra manera o entre cumplir con el deber funcional a su cargo o abstenerse de ejecución, la diferencia entre uno y otro caso viene dada porque en el dolo, dicha voluntad se encuentra dirigida a la realización del ilícito disciplinario, lo cual no sucede en el caso de la culpa.

Mientras en la culpa, la decisión del sujeto disciplinable por un comportamiento que a posteriori afecta el deber funcional a su cargo, tiene como fuente la falta de cuidado, la negligencia o la imprudencia, en el caso de dolo la decisión por el comportamiento que afecta el deber funcional tiene su origen en el “querer” o “intención” de incurrir en el ilícito disciplinario.

En conclusión, del análisis de las faltas incorporadas en la ley 734 de 2002 surge como necesaria, la valoración del elemento volitivo de la conducta del sujeto disciplinable, para establecer la existencia o no de la intención de incurrir en el ilícito disciplinario, como presupuesto para la diferenciación entre el comportamiento doloso y el culposo, y para entender su papel en la determinación de la gravedad de la falta (artículo 43 ley 734 de 2002) y en la fijación de la sanción aplicable (artículo 44).

La prueba de dicho elemento volitivo del comportamiento humano, por tratarse de un hecho perteneciente a la órbita interna del sujeto disciplinable y por lo tanto no observable directamente, no es susceptible de prueba directa –salvo en los casos de confesión- sino de prueba indirecta construida a partir de indicios extraídos de la conducta que externamente ejecutó el investigado.

5.5. Ausencia de un contenido concreto del juicio de exigibilidad en materia disciplinaria

No obstante la existencia de lo que podríamos denominar un acuerdo de la doctrina y la jurisprudencia sobre la equiparación de la culpabilidad disciplinaria al juicio de exigibilidad mediante el cual se le imputa al servidor público la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, en la ley 734 de 2002 no se establecieron de manera concreta y específica los parámetros con referencia a los cuales determinar la exigibilidad o no de un comportamiento, o más estrictamente, de un deber funcional.

En el Código Disciplinario Único, la culpabilidad aparece proyectada como principio rector de la ley disciplinaria según el cual toda falta debe ser sancionada a título de dolo o culpa (art. 13), como criterio para determinar la gravedad o levedad de la falta (art. 43, num. 1: grado de culpabilidad), como requisito de la

decisión de cargos y del auto de citación a audiencia (art. 163, num. 7: forma de culpabilidad) y como exigencia en el contenido del fallo (art. 170, num. 6: análisis de la culpabilidad), entre otras expresiones (Isaza Serrano, 2009, p. 170). Sin embargo, ninguna de estas disposiciones define cuál es el contenido del juicio de exigibilidad a través del cual se determina la existencia o no de culpabilidad.

De la misma forma, la Corte Constitucional no obstante haber definido en las sentencias C-310 de 1997 y C-708 de 1999 que la culpabilidad disciplinaria comporta un juicio de exigibilidad, en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, y habiendo tenido la oportunidad de pronunciarse de manera directa en las sentencias C-155 y C-948 de 2002 sobre la culpabilidad como principio rector de la ley disciplinaria²⁹, hasta la fecha no ha señalado cuál es la estructura o cuáles son los elementos integrantes de ese juicio de exigibilidad.

La Corte se ha limitado a decir que el principio de culpabilidad que comporta la exigencia de demostración de dolo o culpa en el actuar del sujeto disciplinable irradia el ámbito general del *ius puniendi* o derecho sancionador estatal, del cual forman parte no solo el derecho penal sino también el disciplinario y el fiscal, entre otros, aclarando que su aplicación en cada caso concreto admite matices principalmente en razón de los derechos que resultan afectados con cada tipo de sanción³⁰.

Teniendo en cuenta los derechos conculcados con los diferentes tipos de sanciones, ha concluido que en materia administrativa sancionatoria solo son

²⁹ En estas sentencias se decidió sobre la exequibilidad de los artículos 14 de la ley 200 de 1995 y 13 de la ley 734 de 2002, cuyo contenido material es igual al prescribir: "Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

³⁰ Esta posición se puede observar en las sentencias C-214 de 1994 y C-597 de 1996.

constitucionales las sanciones de tipo objetivo que exceptúan la demostración de dolo o culpa, cuando:

(i) Carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama "rescisorias", es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras) [C. Const., C-616 de 2002].

Con fundamento en el principio de libertad de configuración del legislador y en la menor rigidez que el principio de culpabilidad adquiere en materia disciplinaria, la Corte ha considerado válido el sistema de incriminación denominado *numerus apertus*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que el verbo rector determine de manera clara que se está ante una conducta de carácter doloso (C. Const., C-155, 2002; C-948, 2002).

Y ha declarado exequibles las definiciones de "culpa grave" y "culpa gravísima" contenidas en el párrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002, al considerarlas "la aplicación en este campo de la identidad propia del concepto de culpa en materia disciplinaria basada en la diligencia exigible a quien ejerce funciones públicas. Aplicación que no puede considerarse ajena a la conciencia del servidor público obligado a conocer y cumplir sus deberes funcionales" (C. Const., C-948, 2002).

Así las cosas, si bien la Corte Constitucional ha sostenido que la culpabilidad disciplinaria debe concebirse como el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa a un servidor público la realización de un comportamiento contrario a las normas jurídicas que lo rigen, se ha limitado a señalar que este comporta la exigencia de demostración de dolo o culpa en el actuar del sujeto disciplinable, con lo cual solo ha recalcado el tenor literal del artículo 13 de la ley 734 de 2002³¹ y ha manifestado que en materia disciplinaria el principio de culpabilidad tiene un grado de rigidez menor al que es propio del ámbito penal, sin que haya expuesto cuáles son las diferencias o las semejanzas concretas entre uno y otro. También ha dicho que la culpa disciplinaria se basa en la diligencia exigible a quien ejerce funciones públicas sin aportar elementos jurisprudenciales que contribuyan a la identificación y comprensión de los elementos que integran y a partir de los cuales se determina la exigibilidad o no de un deber funcional en un caso concreto.

5.6. Una propuesta sobre el contexto y los elementos integrantes del juicio de exigibilidad como solución a la problemática evidenciada

El juicio de exigibilidad, por el cual se le imputa a un servidor público la realización de un comportamiento contrario a las normas jurídicas que lo rigen, no puede reducirse exclusivamente a confrontar el deber funcional omitido o cumplido irregularmente con la calidad de jefe o representante legal, para posteriormente encuadrar el comportamiento en las nociones de dolo, culpa gravísima o culpa grave, como ocurrió en los casos expuestos al comienzo del presente capítulo, pues, por un lado, se estaría tomando dicha condición como único parámetro determinante de la exigibilidad y, por otro, se daría a los conceptos de dolo, culpa gravísima o culpa grave la condición de formas de culpabilidad, con lo cual se estaría creando y aplicando una nueva variante de la concepción mixta de la culpabilidad, bajo la cual el elemento normativo no estaría dado, verbigracia, por

³¹ "En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

"la normalidad de las condiciones en las que actuó el sujeto", sino por el cargo de jefe o representante legal al cual se encuentra adscrito el principio de concentración de la responsabilidad establecido en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993.

Sin pretender realizar un estudio acabado y pormenorizado de la culpabilidad en el ámbito del derecho disciplinario, lo que se constituiría en un tema autónomo de maestría e incluso de doctorado, en el presente trabajo se presentará lo que, a juicio del autor, deben ser el contexto y principales parámetros sobre los cuales realizar el juicio de exigibilidad, con fundamento en el cual se determina la existencia o no de culpabilidad como elemento estructurante de la responsabilidad disciplinaria. Además, se hará énfasis en los efectos que sobre este tiene la figura jurídica de la delegación.

En el presente acápite, en una línea argumentativa semejante a la sostenida en materia penal por Velásquez Velásquez (2010), para quien la culpabilidad penal tiene un carácter individual y social y se determina a partir de un juicio de exigibilidad, que debe tomar en cuenta "las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa [...] pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de un gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual" (p. 522), sustentaré a continuación, que la culpabilidad en materia disciplinaria se debe determinar a partir de un juicio de exigibilidad de naturaleza individual y laboral, cuyos elementos y características surgen de las relaciones especiales de sujeción y del concepto de empleo público.

Tal como lo ha entendido la doctrina, "el criterio de imputación de la conducta disciplinable tiene como fuente la previa existencia de un vínculo entre el sujeto disciplinable para con el Estado. Se disciplina siempre que el agente tenga una relación con el Estado y esa relación está vinculada con el ejercicio de una función

pública" (Sánchez Herrera, 2007, p. 33). A tal vínculo se le denomina "relación especial de sujeción".

La Corte Constitucional (C-244, 1996; C-280, 1996; C-769, 1998; C-708, 1999; C-155, 2002; C-181, 2002; C-948, 2002; C-125, 2003; C-252, 2003; C-014, 2004, entre otras) se ha referido a las relaciones especiales de sujeción como el fundamento propio de la responsabilidad disciplinaria.

De conformidad con algunos de estos pronunciamientos, entre el servidor público y el Estado existe una relación especial de sujeción por prestar estos una función pública bajo la subordinación del Estado, con lo que surge para el primero una serie de obligaciones especiales frente al segundo, llamadas a mantener el orden interno de la organización y procurar el logro de los objetivos estatales (C. Const., C-280, 1996).

A diferencia de la acción penal, la acción disciplinaria que recae sobre servidores públicos:

Se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc. [C. Const., C-244, 2003].

La atribución de función pública:

Genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado [C. Const., C-252, 2003].

En el mismo sentido, la Corte (C-037, 2003) señaló que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución Nacional se encuentra delimitado por el ejercicio de funciones públicas, sean ellas ejecutadas por servidores públicos o por particulares, siendo las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo, por esencia y definición, funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado.

Dentro de este marco referencial podemos concluir que, si el derecho disciplinario tiene su fuente en unas relaciones especiales de sujeción, que para el caso de los empleados estatales se derivan de su vinculación a un empleo público, por un lado adquiere sentido la configuración de la falta disciplinaria como infracción a los deberes funcionales (art. 23, ley 734 de 2002) y, por otro, deviene como innegable la vinculación de la falta disciplinaria a contextos o escenarios laborales concretos, que a su vez tendrán una incidencia en el análisis de la culpabilidad disciplinaria.

Para corroborar la anterior aserción basta con observar que en el marco de la ley 734 de 2002, para predicar la existencia de una falta disciplinaria esta debe haber sido ejecutada o cometida *en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo desempeñado*, circunstancia que impone al operador disciplinario interesado en determinar la existencia o no de culpabilidad el deber de acudir necesariamente al contexto laboral donde se encuentra inmerso el cargo y la función, para determinar qué tan exigible le era al disciplinado actuar conforme al orden jurídico en ese escenario laboral.

Es evidente que el juicio de culpabilidad disciplinario no puede reducirse al análisis de elementos estrictamente individuales y subjetivos si, como quedó visto, las relaciones especiales de sujeción son el fundamento de la responsabilidad disciplinaria, si estas en el caso de los servidores estatales surgen por su vinculación a un empleo público y si para predicar la existencia de una falta

disciplinaria esta debe haber sido ejecutada o cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo desempeñado.

Así las cosas, si la culpabilidad en materia disciplinaria según la Corte Constitucional es (C-310, 1997; C-708, 1999), un "juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen", surgen las preguntas: ¿Cuál es el contenido de ese juicio? y ¿qué elementos lo integran?, cuyo desarrollo se abordará a continuación.

El hecho de que el artículo 163, numeral 7, de la ley 734 de 2002 establezca que la decisión mediante la cual se formula pliego de cargos debe contener "la forma de culpabilidad" y que el artículo 13 *ibidem* se refiera al principio de culpabilidad en los siguientes términos: "Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa", entonces, ¿implica que la ley 734 adopta un concepto psicológico de culpabilidad bajo el cual el dolo y la culpa son especies de esta? ¿Determinar la existencia de dolo o culpa equivale a establecer la exigibilidad del deber funcional? ¿Señalar que el disciplinado actuó con dolo o culpa equivale a decir que al disciplinado le era exigible el deber funcional omitido o cumplido irregularmente?

Según el párrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único:

Habrá culpa gravísima *cuando se incurra en falta* disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave *cuando se incurra en falta disciplinaria* por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones [énfasis fuera del texto].

Si se realiza un análisis literal de la disposición transcrita, se encuentra que "incurrir" significa: "Caer en una falta, cometerla. Incurrir en un delito, en error"

(*Diccionario de la lengua española* de la Real Academia, XXII ed.), mientras que "cometer" es "poner en ejecución" (*Vocabulario jurídico*, 1995, p. 160). De aquí se puede inferir que el parágrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002, cuando define la culpa gravísima y la culpa grave, está haciendo referencia a formas de ejecución de un comportamiento, lo cual a su vez significa que decir que un investigado actuó con dolo, culpa gravísima o culpa grave no equivale a decir que el deber funcional le era exigible, sino que incurrió en la falta o ejecutó su conducta con dolo o culpa, con lo que persiste la preguntas sobre cuáles son los elementos o parámetros que determinan la exigibilidad o no de la conducta y si la calidad de jefe o representante legal determina por sí misma la exigibilidad de un deber al tratarse de este tipo de funcionarios.

Si partimos de que el *ius puniendi* estatal, del cual el derecho disciplinario es una especie, se funda sobre el respeto a la dignidad humana, tendremos un primer presupuesto según el cual, para exigir un comportamiento o conducta el disciplinado debe haber tenido una real capacidad y posibilidad de acción, ya que a lo imposible nadie está obligado.

Del anterior presupuesto se deriva, a su vez, la exigencia no solo de una capacidad individual de acción, sino además, de unas posibilidades laborales de acción, ya que, si bien un disciplinado individualmente considerado puede tener las capacidades para ejecutar el deber funcional adscrito a su empleo, si no dispone de las herramientas necesarias para tal ejecución, su capacidad individual se ve truncada, así como la exigibilidad del deber.

Lo anterior revela un carácter individual y laboral del juicio de culpabilidad disciplinaria, en cuyo marco hay que distinguir entre posibilidades individuales de acción y condiciones laborales de acción, pues la capacidad personal de actuación siempre va a estar condicionada por el medio en el cual se actúa.

En la presente tesis se sostiene que la realización de una falta disciplinaria no es un acto o hecho que se pueda juzgar aisladamente o con independencia del escenario laboral donde tuvo ocurrencia, debido a que toda falta disciplinaria tiene lugar en un contexto laboral y fáctico específico que condiciona la actuación del disciplinado, lo que convierte a ese contexto en marco referencial del juzgamiento de la exigibilidad de adecuar un comportamiento a unas normas jurídicas determinadas.

Al derecho disciplinario no le debe interesar únicamente establecer cuándo un hecho (acción u omisión) puede ser considerado obra de un servidor público, es decir, cuándo puede predicarse de este la condición de autor (imputación objetiva), sino también si el deber le era o no exigible, dadas las condiciones subjetivas del disciplinado y fácticas del contexto laboral donde se desarrolló la falta.

Aunque la culpabilidad disciplinaria es de naturaleza personal e individual, esta característica no implica que el operador disciplinario deba abstenerse de tomar en cuenta el contexto laboral y material en el cual surge y se concreta este tipo de culpabilidad, pues, si el juicio de exigibilidad se realiza sobre una conducta tipificada como falta disciplinaria, conducta que posee una materialidad propia ya que ha tenido lugar en unas circunstancias laborales específicas de tiempo, modo y lugar y ha sido ejecutada por un servidor público concreto, con unas capacidades y competencias igualmente específicas, se tendrá que concluir necesariamente que el juicio de exigibilidad involucra elementos tanto individuales como laborales.

Junto al contenido individual o subjetivo de la culpabilidad disciplinaria coexisten factores laborales que no solo determinan la forma de ejecución de los deberes adscritos a un empleo, sino que también pueden crear limitantes o condicionantes

para su ejercicio, los que a su vez serán limitantes o condicionantes de su exigibilidad.

El artículo 28 de la ley 734 de 2002, en el que el legislador agrupó las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, las cuales, se debe aclarar de este momento, son de carácter enunciativo y no taxativo (Ordóñez Maldonado, 2009, p. 39; Sánchez Herrera, 2007, p. 76), nos provee importantes elementos de juicio para establecer los pilares o contenidos del juicio de exigibilidad propio de la culpabilidad disciplinaria.

Aunque la doctrina ha considerado que entre las causales referidas en el artículo 28 existen unas que eliminan la conducta, otras que excluyen la ilicitud del comportamiento y otras que desvirtúan la existencia de culpabilidad³², sin que sea pacífica la ubicación doctrinaria en una u otra categoría (Ordóñez Maldonado, 2009, p. 40; Sánchez Herrera, 2007, pp. 76 y ss.), en la presente tesis se sostiene que las causales en comento, independientemente de la clasificación doctrinaria de las mismas, son en el fondo causales de inexigibilidad del deber funcional omitido o cumplido irregularmente y, por tal condición, proveen elementos de juicio para determinar la exigibilidad o inexigibilidad de un comportamiento, vía por la cual podemos acercarnos a los presupuestos del juicio de culpabilidad.

³² Por ejemplo, Sánchez Herrera (2007, p. 77) considera:

Cada una de las causales excluye una determinada categoría dogmática de la falta: la fuerza mayor y el caso fortuito eliminan la existencia de la conducta relevante disciplinariamente; el estricto cumplimiento de un deber funcional constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, excluye el ilícito disciplinario; si el deber no es funcional sino por ejemplo personal y entra en colisión con el funcional, el reconocimiento de la causal excluye la culpabilidad por eliminar la exigibilidad de comportamiento diverso; la orden legítima excluye el ilícito; la colisión derecho funcional versus deber funcional excluye el ilícito; si en esta colisión el derecho es personal frente a un deber funcional, podría presentarse una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de comportamiento diverso; la insuperable coacción ajena, puede ser excluyente de la conducta cuando la fuerza que se ejerce sobre el agente es absoluta, o causal de inculpabilidad cuando la fuerza que se impone sobre el coaccionado es moral; el miedo insuperable podría dar lugar a excluir la conducta, ser causal de inimputabilidad o de inculpabilidad; y el error de hecho y de derecho, también son causales de inculpabilidad.

El hecho de que doctrinariamente se considere que las causales de exclusión de responsabilidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 28 del Código Disciplinario Único³³, impiden la configuración del ilícito disciplinario y no de la culpabilidad, no afecta el planteamiento formulado en el presente capítulo según el cual, todas las causales reguladas por esa norma son en el fondo causales de inexigibilidad del deber funcional omitido o cumplido irregularmente debido a que, también el juicio de antijuridicidad o ilicitud sustancial disciplinaria comporta un juicio de exigibilidad, aunque estructurado sobre diferentes presupuestos, veamos.

La ilicitud sustancial disciplinaria se encuentra regulada por el artículo 5 de ley 734 de 2002 según el cual: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional *sin justificación alguna*” [énfasis fuera del texto].

Partiendo de aclarar que el legislador incurrió en una imprecisión al referirse a la falta como objeto de la antijuridicidad, por cuanto la antijuridicidad se predica de la conducta y no del tipo disciplinario que define la falta, razón por la cual la norma debe leerse como: “La conducta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, obsérvese que de conformidad con el artículo 5 citado, para que una conducta o comportamiento pueda ser calificado de antijurídico o de ilícito desde el punto de vista disciplinario, no basta con acreditar la infracción del deber funcional, sino que además, se debe verificar que dicha infracción carezca de justificación.

Para Pedro Alfonso Hernández (2010, p. 64):

Si existe causal de justificación, se tratará de una conducta con la cual se incurrió en falta disciplinaria, se afectó de manera sustancial el deber funcional, pero que no corresponde a una conducta antijurídica y por lo tanto

³³ Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: 2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

no procede la imposición de sanción disciplinaria alguna al autor de la conducta.

En palabras del actual Procurador General de la Nación:

Para la configuración de la ilicitud sustancial, no sólo basta la realización de una conducta que implique la afectación sustancial de los deberes funcionales en los términos anotados, sino que se necesita verificar la inexistencia de situaciones que conforme al ordenamiento jurídico justifiquen la realización de un comportamiento típico y antijurídico. (Ordóñez Maldonado, 2009, p. 37).

Y no podía ser de otra manera pues, no tendría sentido catalogar una conducta de ilícita o antijurídica desde el punto de vista disciplinario, cuando el mismo ordenamiento jurídico la encuentra justificada.

De las consideraciones precedentes se extrae, que para encontrar probada la existencia de la ilicitud sustancial se debe acreditar la afectación por parte del sujeto destinatario de la ley disciplinaria, del deber funcional a su cargo, afectación que debe alterar el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines para que se pueda considerar como sustancial (C. Const., C-948, 2002), y además se debe verificar, la inexistencia de una justificación jurídica para dicha afectación.

Ahora bien, al decirse que no existe ilicitud sustancial cuando la afectación del deber funcional se encuentra jurídicamente justificada, se está señalando *mutatis mutandis* que en el contexto material del caso no era jurídicamente exigible una debida ejecución de ese deber y al mismo tiempo, que el comportamiento que afectó el deber funcional no se puede tildar de ilícito desde el punto de vista del artículo 5 de la ley 734 de 2002.

Lo anterior significa, que la pregunta por la existencia de una justificación para la afectación de un deber funcional contiene a manera de contraparte, una pregunta

por la exigibilidad de dicho deber, ya que cuando en el marco de un proceso disciplinario se encuentra jurídicamente justificada una afectación, paralelamente se está señalado que no era jurídicamente exigible el debido cumplimiento del deber funcional en cuestión.

Visto lo anterior surge la siguiente pregunta: ¿en qué se diferencia el juicio de exigibilidad propio de la culpabilidad, del juicio de exigibilidad que contiene la ilicitud sustancial?

Para dar respuesta a este cuestionamiento hay que partir de señalar, que la antijuridicidad en su sentido literal y primigenio es la contradicción existente entre una conducta y el derecho. Así, habida cuenta que según el artículo 4 del Código Civil el sentido de la ley es “mandar, prohibir o permitir” acciones, un comportamiento será antijurídico cuando vaya en contravía de lo mandado, prohibido o permitido por el legislador.

En el caso de los sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, ellos por virtud del cargo o función desempeñada son objeto tanto de prohibiciones (artículo 35 ley 734 de 2002), como de mandatos en forma de deberes (artículo 34 ibídem y manuales de funciones), resultando antijurídico aquel comportamiento que contraviniendo esas prohibiciones y deberes, haya afectado los fines y funciones del Estado, sin contar con permiso o justificación legal.

El componente de exigibilidad inmerso en la ilicitud sustancial disciplinaria se deriva del último aspecto referenciado, esto es, de la confrontación de la conducta violatoria de un deber funcional, con la existencia o inexistencia de permiso o justificación legal para su ejecución, por cuanto, si como antes se señaló, una de las funciones de la ley es “permitir” acciones, cuando la misma legislación nacional permite el desconocimiento de un deber se está queriendo decir que en el caso sub judice, no le resultaba exigible al sujeto disciplinable la ejecución de dicho deber.

En conclusión, la diferencia existente entre la exigibilidad inmersa en el juicio de ilicitud sustancial y la exigibilidad propia del juicio de culpabilidad radica en que, mientras en la primera, la conducta ejecutada (acción u omisión) se contrasta con el ordenamiento jurídico en general en pro de establecer si el deber funcional resultaba o no exigible por referencia a la existencia o inexistencia de permiso o justificación legal para su afectación, en el marco del juicio de culpabilidad –como a continuación se desarrollará con profundidad- la conducta es analizada por referencia al sujeto disciplinable ubicado en un contexto laboral específico e individualmente considerado, predicando la exigibilidad o inexigibilidad del deber funcional por referencia al contexto laboral del caso, a las competencias personales exigidas para el desempeño del cargo y a la imputabilidad y conciencia de la ilicitud del sujeto.

Realizada la anterior precisión se procederá ahora a sustentar porque se considera que las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 de la ley 734 de 2002, proveen elementos de juicio para establecer los pilares o contenidos del juicio de exigibilidad.

Cuando los numerales 6 y 7 del artículo 28 del Código Disciplinario Único establecen que son causales de exclusión de responsabilidad el actuar con la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria, o en situación de inimputabilidad, debe entenderse que solo puede exigirse un deber o comportamiento a quien tenga un mínimo de capacidad física y psicológica necesaria para actuar y que, además, en el caso concreto haya tenido conocimiento sobre la ilicitud de su conducta.

Por su parte, las causales reguladas en los numerales 1 al 5, al establecer que hay exclusión de responsabilidad disciplinaria cuando la conducta ha tenido lugar en el marco de una fuerza mayor o caso fortuito, en razón del cumplimiento de un

deber de constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento de un deber en razón de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, o cuando la conducta ha sido fruto de una insuperable coacción ajena o miedo insuperable, independientemente de la incidencia que puedan tener en la configuración de la ilicitud sustancial, están estableciendo como presupuesto de la exigibilidad de una conducta la existencia de condiciones fácticas y laborales concretas que permitan exigir al servidor público el cumplimiento del deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

Las causales reseñadas imponen al operador disciplinario el deber de remitirse al contexto fáctico y laboral donde ocurrió la falta, pues de lo contrario sería imposible determinar si se trató de un evento de fuerza mayor o caso fortuito si, dados el tiempo y circunstancias en que se materializó la conducta, era necesario, proporcional y razonable omitir un deber para salvar un derecho propio o ajeno, o si realmente la conducta fue producto de una insuperable coacción ajena o miedo insuperable. Y habrá que acudir al contexto laboral del caso para determinar la coexistencia y prevalencia de un deber de mayor jerarquía que el sacrificado, o la emisión de órdenes legítimas de autoridades competentes.

Junto a lo anterior, debe tenerse presente que al ser las causales de exclusión de responsabilidad de carácter enunciativo y no taxativo, es perfectamente viable el surgimiento en cada caso concreto materia de análisis de otras circunstancias fácticas o laborales específicas, que conduzcan a concluir que al autor de la conducta no le era exigible un comportamiento diverso al observado.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, se sostiene en el presente trabajo de tesis que no basta con probar el nombramiento y la posesión de un funcionario público, y determinar los deberes funcionales adscritos a su empleo,

para predicar la exigibilidad de estos. Tampoco basta con señalar que el disciplinado actuó a título de dolo, culpa gravísima o culpa grave, pues, como ya se tuvo oportunidad de señalar, estas son formas de ejecución del comportamiento y decir que se actuó a título de dolo o culpa grave no equivale a decir que el deber en cuestión hubiese sido exigible en las circunstancias concretas del caso.

Propongo estructurar el juicio de exigibilidad, a través del cual se determina la existencia o no de culpabilidad en el ámbito disciplinario, sobre tres elementos esenciales:

- La imputabilidad del disciplinado.
- El conocimiento de la ilicitud sustancial del comportamiento.
- La existencia, en el caso concreto, de las competencias personales y las condiciones laborales que permitan la debida ejecución del deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

Debido a que la responsabilidad disciplinaria y las sanciones que de ella se derivan se originan en la infracción de deberes funcionales, la condición de imputabilidad del investigado surge como presupuesto *sine qua non* del juicio de culpabilidad, pues es necesario que el sujeto disciplinable tenga unas condiciones y capacidades mínimas que le permitan entender y comprender esos deberes, al igual que las consecuencias que se derivan de su incumplimiento (Ordóñez Maldonado, 2009, p. 71). Por esta razón, el numeral 7 del artículo 28 del Código Disciplinario Único establece que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta en situación de inimputabilidad.

Aunque la ley 734 de 2002 no haya consagrado de manera expresa las condiciones generadoras de inimputabilidad, el operador disciplinario debe llenar este vacío haciendo uso del artículo 21 *ibidem*, según el cual en lo no previsto en

esa ley se aplicarán "los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, *Penal*, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario" (énfasis fuera del texto).

De esta manera, por la vía de la integración normativa encontramos el artículo 33 de la ley 599 de 2000, que regula la inimputabilidad penal en los siguientes términos:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

En este contexto, y habida cuenta de que el artículo 21 de la ley 734 de 2002 establece que la integración normativa procede siempre y cuando las normas tomadas de otros estatutos "no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario", nos encontramos con que en materia disciplinaria es perfectamente viable la aplicación de los casos de trastorno mental, mientras que la inmadurez psicológica, entendida como la falta de maduración de los instintos, sentimientos y emociones que dejan al sujeto en una etapa infantil (Sánchez Herrera, 2007, p. 97), se relativizaría en el ámbito disciplinario, pues se supone que quien ingresa a la función pública goza de la madurez suficiente para desempeñar el cargo.

En el mismo sentido, la diversidad sociocultural adquiere matices importantes en materia disciplinaria, ya que, de conformidad con el artículo 25 de la ley 734, los indígenas que administren recursos del Estado son sujetos disciplinables, norma

declarada exequible en sentencia C-127 de 2003 en la cual la Corte consideró que:

El inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.

Por lo anteriormente expuesto, será en cada caso en concreto en donde el operador o el juez disciplinario deberán analizar la procedencia y los matices que las causales de inimputabilidad penal adquieren al ser trasladadas al ámbito disciplinario.

El segundo elemento del juicio de exigibilidad debe ser, en concepto del autor de la presente tesis, la existencia en el sujeto disciplinable de conocimiento sobre la ilicitud del comportamiento reprochado o, lo que es lo mismo, sobre la contrariedad de este, de cara a sus deberes funcionales y a las normas conforme a las cuales debe ejecutarlos. Este elemento surge como contracara de la exclusión de responsabilidad en los casos en que el investigado ha actuado "con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria", causal tipificada en el numeral 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002.

Si la culpabilidad disciplinaria se determina a partir de un juicio de exigibilidad por el cual se le imputa a un servidor público la realización de un comportamiento contrario a las normas jurídicas que lo rigen y si existe ilicitud sustancial, cuando la

falta afecta el deber funcional sin justificación alguna³⁴, deviene como presupuesto necesario de la culpabilidad disciplinaria la existencia en el disciplinado de conocimiento actual o actualizable, sobre los deberes funcionales a su cargo y sobre las normas jurídicas conforme a las cuales debe ejecutarlos.

No aceptar lo anterior implicaría, por un lado, validar la violación del principio de dignidad humana al permitir que a una persona se le exija que actúe según unos deberes que estaba en imposibilidad de conocer y, por otro, desconocer que el ordenamiento jurídico es producto de seres humanos y que por tal condición presenta imperfecciones, vaguedades y ambigüedades que pueden generar en el intérprete la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Las anteriores conclusiones se ven reforzadas con el estudio del literal (i) del artículo 47 de la ley 734 de 2002 y la sentencia de constitucionalidad C-1076 de 2002, que se pronuncia sobre la exequibilidad de esa disposición.

Según el literal (i) del artículo 47, la cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán, entre otros criterios, de acuerdo con el "conocimiento de la ilicitud", criterio declarado exequible en la providencia previamente mencionada.

Para el demandante en sede de constitucionalidad, el literal (i) vulneraba el principio de *non bis ídem* al permitir un doble juzgamiento del disciplinado, uno en sede de culpabilidad y otro en sede de punibilidad, cargo que fue desestimado por la Corte, considerando que:

³⁴ Artículo 5 de la ley 734 de 2002: "Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".

La doble valoración del elemento cognoscitivo del ilícito disciplinario que se realiza no lesiona el principio en comento, como quiera que no se está juzgando, *stricto sensu*, dos veces lo mismo, sino que un idéntico elemento de juicio se está tomando en consideración en dos oportunidades para efectos completamente distintos: en el caso de la culpabilidad, con el propósito de evitar que se incurra en un régimen de responsabilidad objetiva; por el contrario, en materia de punibilidad, el conocimiento de la ilicitud del comportamiento es un importante elemento de juicio que le sirve al funcionario que va a imponer una multa, o que debe determinar la duración de una suspensión o de una inhabilidad, la graduación de las mismas [C-1076, 2002].

Del análisis del literal (i) del artículo 47 del Código Disciplinario Único y de su interpretación dada por la Corte Constitucional, se puede deducir no solo que el elemento cognoscitivo del ilícito disciplinario forma parte del juicio de culpabilidad, sino que además permite inferir que el conocimiento de la ilicitud en el ámbito disciplinario admite, cuando menos, las modalidades de actual como actualizable, debiendo ser mayor la multa, suspensión o inhabilidad cuando el conocimiento sea actual y menor cuando haya sido actualizable, pues si solo existiese una forma de cognición del ilícito disciplinario, el literal (i) carecería de sentido y razón como criterio de graduación de la sanción disciplinaria.

Se obra con conocimiento actual cuando el autor al momento de ejecución de la conducta tiene una representación mental del desvalor jurídico de su acción, mientras que el conocimiento será actualizable cuando el autor tiene en su acervo cognoscitivo el saber del desvalor jurídico de su acción, sin importar que al momento de la ejecución de la conducta se lo haya representado (Gómez López, 2013, p. 648).

El tercer elemento del juicio de exigibilidad, "la existencia en el caso concreto de las competencias personales y las condiciones laborales que permitieran la debida

ejecución del deber funcional omitido o cumplido irregularmente", surge y se estructura a partir de la noción de empleo público.

Al estar los deberes funcionales adscritos a un empleo público y al emerger de este unas relaciones especiales de sujeción sobre cuya base se construye el derecho disciplinario, el concepto de "empleo público" se convierte en parámetro nuclear de la responsabilidad disciplinaria y, por tanto, de la culpabilidad que la primera exige como presupuesto de la sanción.

Según el artículo 19 de la ley 909 de 2004, "por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado". Y según ese mismo artículo, el diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo.

La Corte Constitucional (C-793, 2002; C-1174, 2005) consideró que los elementos esenciales del empleo público están dados por: a) la clasificación y la nomenclatura, b) las funciones asignadas, c) los requisitos exigidos para desempeñarlo, d) la autoridad con que se inviste a su titular para cumplir las funciones del cargo, e) la remuneración correspondiente, y f) su incorporación en una planta de personal.

La doctrina nacional, por su parte, ha señalado que al concepto de empleo público le son inherentes tres contenidos: uno funcional, uno personal y otro teleológico. El contenido funcional está dado por el conjunto de deberes, tareas y atribuciones que se adscriben al cargo y que varían según su jerarquía y la naturaleza de las labores; el contenido personal está compuesto por las condiciones y calidades que se exigen para ingresar a los puestos de trabajo del aparato administrativo, ya que una persona asume las funciones adscritas a un cargo, siempre y cuando cumpla con las exigencias que el ordenamiento jurídico le pide para ingresar a la Administración; y finalmente, el contenido teleológico se concreta en la pretensión de dar alcance y cumplimiento a los fines y funciones del Estado a través de la división o distribución del trabajo (Rincón Córdoba, 2009, p. 147; Younes Moreno, 2005, p. 91, 92).

Cuando en la presente tesis se sostiene que el concepto de empleo público se convierte en parámetro nuclear de la responsabilidad disciplinaria y, por tanto, de la culpabilidad, se quiere significar que así como su contenido funcional se ve reflejado en la tipicidad disciplinaria³⁵, los contenidos personal y teleológico se reflejan en el tercer elemento del juicio de exigibilidad, constituido, se repite, por la existencia en el caso concreto de las competencias personales y las condiciones laborales que permitan la debida ejecución del deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

El contenido personal determinante en el entendimiento de la culpabilidad disciplinaria se edifica a partir de la Constitución, ley, decreto, ordenanza, acuerdo, o resolución que establezcan las condiciones y calidades que se exigen para ingresar a los puestos de trabajo del aparato administrativo. En el caso de los

³⁵ Recuérdese que, como se expuso en el capítulo tercero de la presente tesis, el contenido funcional de un empleo se estructura a partir de la división de funciones por cargos, cuyo origen se encuentra en los artículos 6, 122 y 123 constitucionales, normas a las que se suman en materia contractual el artículo 12 de la ley 80 de 1993 y el artículo 8.1.11 del decreto 734 de 2012, disposiciones creadoras de ámbitos competenciales específicos.

alcaldes, verbigracia, la ley 136 de 1994 en su artículo 86 establece que para ser elegido como tal solo se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o en la correspondiente área metropolitana durante un año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier época³⁶, lo cual, por contraste, evidencia la inexistencia de requisitos de experiencia, técnicos o profesionales para el desempeño del citado cargo, circunstancia que genera efectos importantes en el juicio de exigibilidad disciplinario.

Por su parte, el contenido teleológico se materializa en la incidencia que en el juicio de culpabilidad tiene el hecho de que el empleo público se caracterice por su incorporación a una planta de personal, estructurada con fundamento en la división del trabajo desarrollada a través de la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Dadas las relaciones especiales de sujeción sobre las cuales se estructura el derecho disciplinario, y habida cuenta de que los deberes funcionales se encuentran adscritos a un empleo, en el juicio de exigibilidad con el cual se determina la existencia o no de culpabilidad se deberá establecer si los deberes, tareas y atribuciones adscritas al cargo (contenido funcional del empleo) y de los cuales se predica una omisión o ejecución irregular constitutiva de falta disciplinaria, en el contexto fáctico-laboral investigado, eran exigibles al servidor que los desempeñaba, dadas las calidades o competencias personales y profesionales exigidas para el ejercicio del cargo (contenido personal del empleo) y en el entendido de que el aparato administrativo dentro del cual se ubica el

³⁶ Excepción hecha de los municipios del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, donde se requiere además ser residente del departamento conforme a las normas de control de densidad poblacional y tener domicilio en la respectiva circunscripción por más de diez años cumplidos con anterioridad a la fecha de la elección. Y también en el caso del Distrito Capital de Bogotá, donde, según el artículo 36 del decreto 1421 de 1993, para ser elegido alcalde mayor se exige ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y ser mayor de treinta años a la fecha de la elección; asimismo, haber residido en el distrito durante los tres años anteriores a la fecha de la inscripción.

empleo que desempeña el sujeto disciplinado opera a partir de la distribución de trabajo materializada en la división de funciones por cargo (contenido teleológico del empleo).

A partir del anterior contexto, en el caso de los jefes y representantes legales de las entidades estatales, el autor de la presente tesis sostiene que cuando el juez disciplinario pretenda determinar la exigibilidad de un deber funcional presuntamente infringido por uno de estos funcionarios en el marco de un proceso contractual, deberá tomar en cuenta que dentro del contenido individual y subjetivo del juicio de culpabilidad, junto a la imputabilidad y al conocimiento de la ilicitud del comportamiento, será necesario que analice la exigibilidad o no del deber *sub judice*, de cara al contenido personal del empleo público.

Lo anterior debido a que los deberes funcionales adscritos a un empleo se relativizan por referencia a la persona que lo desempeña, cuya vinculación laboral con el Estado parte de unas competencias a las cuales tendrá que remitirse el operador disciplinario que deba dilucidar la existencia o no de culpabilidad en su actuar.

Igualmente, dado el contenido laboral del empleo público, el operador disciplinario deberá partir del presupuesto consistente en que el empleo se encuentra vinculado a una planta de personal y que las entidades estatales funcionan a partir de la división de funciones por cargo, "en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias" (C. Const., C-372, 2002).

En esta línea argumentativa, para considerar que un deber funcional presuntamente infringido por acción u omisión le era exigible a un investigado, no basta con tener probado dentro del expediente que ese deber se encontraba adscrito al cargo por él desempeñado (jefe o representante legal), sino que debe establecerse, además, que el sujeto pasivo de la acción disciplinaria debía poseer, por ser un requisito para acceder al respectivo cargo, las competencias necesarias para cumplir en debida forma con el deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

En la determinación del grado de exigibilidad del deber funcional habrá de tenerse en cuenta, además, que en razón a que las entidades estatales, con o sin personería jurídica y dentro de las cuales se ubican los cargos de jefe y representante legal, no operan en materia contractual exclusivamente a través de este tipo de funcionarios, sino que se estructuran a partir de los mecanismos de desconcentración y delegación administrativa, estos servidores tienen la posibilidad de delegar tareas a ellos asignadas, no solo como forma de gestionar su ámbito competencial, sino también para buscar una mejor y más adecuada ejecución de tareas a través de su delegación en funcionarios con mayores conocimientos técnicos o profesionales sobre la materia delegada, habida cuenta de que para acceder a los cargos de jefe o representante legal no se exigen conocimientos especializados en cada una de las áreas misionales de la entidad respectiva.

Para ejemplificar los anteriores argumentos, se retomará el caso del alcalde de Santa Marta expuesto al comienzo del presente capítulo. La ley 136 de 1994 en su artículo 86 establece que para ser elegido como tal solo se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o en la correspondiente área metropolitana durante un año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres años consecutivos en cualquier

época. La ley 136, como se puede observar, no exige conocimientos técnicos o profesionales específicos, ni experiencia relacionada con las funciones del cargo.

De esta manera, cuando una persona decide postularse para el cargo de alcalde de Santa Marta sabe de antemano los requisitos que debe cumplir y conoce además que tiene a su disposición una planta de personal dispuesta para el cumplimiento de los cometidos del municipio, de la cual forman parte funcionarios con diferentes perfiles técnicos y profesionales.

Una vez posesionado como alcalde, este funcionario deberá proceder a ejecutar el respectivo presupuesto, esencialmente a través del procedimiento contractual, cobijando las diferentes áreas de interés para el municipio, tales como: Salud, educación, infraestructura, agua potable y saneamiento básico, entre otras. A su vez, la ejecución contractual y presupuestal en cada una de estas áreas demandará unos conocimientos especiales técnicos o profesionales en las respectivas materias, los cuales puede no poseer quien se desempeña como alcalde, pues, se repite, para la elección y desempeño del cargo no se exigen conocimientos especializados en áreas específicas, pero este dispone de una planta de personal para el cumplimiento de las funciones del municipio e incluso tiene la posibilidad de designar funcionarios de libre nombramiento y remoción para que asuman la jefatura, por ejemplo, de las secretarías de planeación, infraestructura, salud y educación, en quienes además podrá delegar funciones a su cargo y trasladar la ejecución directa de actividades adscritas a su empleo, para en su lugar asumir funciones de control y vigilancia.

En el ejemplo del alcalde de Santa Marta, la Procuraduría General de la Nación le imputó como cargo, con una sanción posterior por ello:

Omitir ejercer la vigilancia y control, del convenio interadministrativo No. 010 de 4 de febrero de 2002 (folios. 23 a 29 c.o.), celebrado por el secretario de Obras Públicas, con la Administradora Pública Cooperativa de Municipios y Entidades Públicas —COMENTE—, para la ampliación y remodelación del Liceo Antonio Nariño del Distrito de Santa Marta, por \$199.999.991,86, para que se ajustara a los precios del mercado, por cuanto existió un sobreprecio del valor del contrato del 7,03%, aproximadamente, es decir de \$14.050.431,39, según el informe rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

La sanción se soportó en que como alcalde era "responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual", esto es, en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, y en la omisión del ejercicio de los deberes de control y vigilancia que como delegante debía desarrollar sobre el delegatario, que en ese caso era el secretario de Obras Públicas.

Verificada la existencia del presunto sobrecosto en el convenio interadministrativo, junto con la condición de alcalde de Santa Marta, a la cual se encuentra adscrito el principio de concentración de la responsabilidad previsto en el numeral 5 del artículo 26, y la ausencia de prueba sobre la ejecución de actividades de vigilancia sobre el delegatario, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dedujo automáticamente la existencia de dolo en el actuar del investigado y consideró que "omitió deliberadamente sus deberes de vigilancia y control sobre la ejecución del contrato, deberes que se consagran en las normas de imperativo cumplimiento y por ende, de inescapable observancia". Así consideró probada la culpabilidad del disciplinado.

En ningún acápite del fallo se hizo referencia al contenido personal inherente al cargo del alcalde, es decir, a los requisitos necesarios para el ejercicio de ese empleo, ni se establecieron los conocimientos técnicos o profesionales, o la

experiencia que en el ámbito propio del objeto contractual cuestionado poseía para ese momento el disciplinado, para determinar a partir de esos elementos el grado de exigibilidad de los deberes de control y vigilancia y, por tanto, el grado de culpabilidad del en ese entonces alcalde.

En el análisis de culpabilidad realizado por la Procuraduría, la condición de representante legal fue usada como parámetro determinante de la exigibilidad del deber de control y vigilancia del alcalde. El dolo se dedujo de la omisión observada y adquirió la forma de culpabilidad en el entendido de que, estando el deber de control y vigilancia consagrado en normas de obligatorio cumplimiento, la omisión de este fue una omisión deliberada demostrativa de que el disciplinado quiso la realización del resultado presentado, con lo que merecía ser sancionado disciplinariamente.

Cuando el operador disciplinario se limita a deducir la existencia de culpabilidad de la presencia de un deber funcional omitido o cumplido irregularmente, la responsabilidad disciplinaria se ve reducida al elemento de la tipicidad y se desdibuja el juicio de exigibilidad para cuya aplicabilidad no basta con la existencia de un deber funcional, pues se requiere además de parámetros y elementos de juicio por referencia a los cuales predicar su exigibilidad, so pena de caer en una responsabilidad de carácter eminentemente objetivo. Estos parámetros y elementos de juicios son, desde el punto de vista del autor de este trabajo de tesis, los presentados y sustentados a lo largo del presente capítulo.

5.7. Conclusiones del capítulo

Partiendo de demostrar que para encontrar probada la exigibilidad de un deber funcional no basta con acreditar el nombramiento y la posesión de un funcionario público y determinar los deberes funcionales adscritos a su empleo, y tampoco con señalar que el disciplinado actuó a título de dolo o culpa, ya que éstas son

formas de ejecución de comportamientos y decir que se actuó a título de dolo o culpa no equivale a decir que el deber en cuestión le resultaba exigible al disciplinado en las circunstancias concretas del caso, en este último capítulo, con fundamento en la naturaleza laboral del derecho disciplinario, en las relaciones especiales de sujeción que en éste imperan y en el artículo 28 de la ley 734 de 2002, se argumentó que el juicio de culpabilidad en materia disciplinaria involucra elementos tanto individuales como laborales razón por la cual se propuso estructurarlo en tres elementos: la imputabilidad del disciplinado, el conocimiento de la ilicitud sustancial del comportamiento y la existencia en el caso concreto, de las competencias personales y las condiciones laborales que permitan la debida ejecución del deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

Se argumentó que los dos primeros elementos surgen como contracara de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 28 ibídem, según las cuales, no existe responsabilidad disciplinaria cuando se actúa con la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria o cuando la conducta tiene ocurrencia en situación de inimputabilidad.

Y se sostuvo que el tercer elemento del juicio de culpabilidad surgía como consecuencia de las relaciones especiales de sujeción de las que emana el derecho disciplinario, a partir de las cuales para predicar la existencia de una falta disciplinaria, ésta debe haber sido ejecutada o cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo desempeñado, circunstancia que impone al operador disciplinario el deber de acudir tanto al contexto laboral donde se encuentra inmerso el cargo y la función, así como a las competencias técnicas o profesionales exigidas para el ejercicio del cargo y a las necesarias para la ejecución de la conducta demandada por el ordenamiento jurídico, para determinar que tan exigible le era al disciplinado actuar conforme al orden jurídico en ese escenario laboral.

CONCLUSIONES

Al momento de emprender el desarrollo del presente trabajo de grado se formularon dos objetivos, uno de naturaleza analítica y otro de carácter propositivo. Bajo el primer objetivo se buscaba establecer, si en el caso de los jefes y representantes legales de las entidades estatales que hacen uso de la delegación en materia contractual y que de conformidad con el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 son los encargados de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, podían surgir formas a través de las cuales, en el marco del proceso disciplinario se llegara a la objetivación de su responsabilidad sin prescindir de los conceptos de dolo y culpa. Por su parte, a través del desarrollo del segundo objetivo, se quería plantear a la comunidad académica posibles salidas o soluciones a las problemáticas halladas que contribuyeran al desarrollo del estado del arte.

Con esos puntos de partida, por medio del desarrollo de la investigación se obtuvieron las siguientes conclusiones:

Primera. Bajo el primer objetivo, demostrando que el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993 se encuentra configurado como un principio y no como una regla de aplicación directa, se sustentó cómo sin excluir los conceptos de dolo y culpa, la Procuraduría General de la Nación a partir de una aplicación taxativa y descontextualizada de dicha norma, puede llegar a objetivar la responsabilidad disciplinaria de los jefes y representantes legales delegantes, haciéndolos responsables por todas y cada una de las irregularidades acaecidas en el marco de cualquiera de las etapas que integran los procedimientos contractuales, independientemente de si la ejecución directa de la labor estuviese a cargo de un funcionario distinto por virtud de la delegación de funciones.

Segunda. Se determinó como a través de la omisión del análisis del carácter indirecto de la responsabilidad del delegante y del desconocimiento de los efectos que la delegación produce sobre las competencias y la responsabilidad de delegante y delegatario, se puede llegar dos resultados concretos: de un lado, a imputar al delegante la autoría material de irregularidades en la ejecución directa de la tarea delegada, responsabilizándolo por deberes correspondientes al marco funcional del delegatario, con lo que se vulnera el principio de culpabilidad que impide que la imputación subjetiva de una conducta se realice a un tercero distinto a su autor; y de otro, a construir una imputación de autoría en comisión por omisión, con fundamento en una “Posición de Garantía” formal, abstracta e ilimitada, derivada de la condición de jefe o representante legal (por ejemplo alcalde o gobernador) y de los deberes generales de dirección, coordinación y control adscritos a dichos cargos, los cuales nada dicen sobre la capacidad real de la que disponía el garante para la evitación del resultado producido, esquivando por esta vía la necesidad de determinar si realmente el jefe o representante legal en el contexto material investigado, estaba en capacidad de evitar el resultado dañino que se le imputó, es decir, si tenía o no un control efectivo y material sobre el delegatario.

Tercera. Se demostró que pesar de que la Corte Constitucional ha equiparado la culpabilidad disciplinaria al “juicio de exigibilidad” en virtud del cual se le imputa a un servidor estatal o a un particular que cumpla funciones públicas, la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, la ausencia tanto en términos legales como jurisprudenciales de parámetros concretos sobre los cuales se deba estructurar ese juicio, ha conducido a que en la práctica el juicio de culpabilidad adopte como parámetro definitorio de la exigibilidad de cualquier deber contractual, al cargo ostentado por el sujeto disciplinario de “*jefe o representante legal delegante*” cargo al cual se encuentra adscrito el deber de dirección y manejo de la actividad contractual impuesto por el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, funcionando los conceptos de dolo, culpa gravísima y culpa grave como formas de culpabilidad, vía por la cual se omite la determinación de la exigibilidad o

no del deber funcional presuntamente omitido o cumplido irregularmente, de cara al contexto fáctico – laboral del caso y a las competencias técnicas o profesionales exigidas para el ejercicio del cargo, consideraciones imprescindibles en la determinación de la exigibilidad o no del deber presuntamente infringido.

Cuarta. En el marco del segundo objetivo, en el trabajo de tesis que ahora se concluye se propuso concebir el numeral 5 del artículo 26 de la ley 80 no como una “regla” de aplicación directa, sino como un “*principio*”, con el correlativo deber para el operador disciplinario de interpretarlo y aplicarlo por referencia al contexto jurídico y material del caso, es decir, previa delimitación de la estructura organizativa de la entidad de la cual hace parte el jefe o representante legal sujeto pasivo de la acción disciplinaria; previa identificación de las dependencias o unidades con funciones contractuales; una vez identificados los cargos o empleos a los cuales se encuentran adscritas esas funciones y los funcionarios que los desempeñan; determinada la existencia o no de delegaciones y sus efectos de reconfiguración de ámbitos competenciales y por lo tanto de órbitas de responsabilidad individual y previa complementación del principio con una regla o precepto constitucional de aplicación directa que concrete el deber o deberes a cargo del jefe o representante legal.

Quinta. A partir de un análisis comparativo con la responsabilidad civil indirecta o refleja, se planteo que la responsabilidad que de los artículos 9, 10 y 12 de la ley 489 de 1998, del párrafo del artículo 12 de la ley 80 de 1993 y de las *ratio decidendi* de las sentencias C-372 de 2002 y C - 693 del 2008, emerge para el delegante, en tratándose de irregularidades en la ejecución directa de la delegación, una responsabilidad de carácter indirecto con incidencia tanto en la configuración de la autoría material, como de la autoría a título de comisión por omisión.

Así, cuando se va a imputar responsabilidad disciplinaria a título de autoría material a quien en su condición de jefe o representante legal ha hecho uso de la delegación en

materia contractual, se hace necesario un análisis de las calidades ostentadas por el delegatario en lo referente a sus conocimientos técnicos, profesionales o prácticos, los cuales deben estar directamente relacionados con el objeto de la delegación (responsabilidad *in eligendo* del delegante) y de la conducta concreta observada por el delegatario en la ejecución de la delegación por la cual era responsable directo (responsabilidad *in vigilando* del delegante), sin que pueda imputarse al delegante, la autoría material de irregularidades en la ejecución directa de las tareas o actividades delegadas por cuanto estas, en virtud de la delegación entran a formar parte de la órbita competencial del delegatario.

Y cuando se va a imputar autoría a título de comisión por omisión, la “Posición de Garante” sobre la cual se construye la equivalencia estructural entre la omisión de un deber de actuar y la comisión activa de un resultado, debe estructurarse sobre un contenido dual: formal o normativo en cuanto tiene que surgir de un deber funcional adscrito a un cargo o empleo público por virtud de la Constitución, la ley o el reglamento; y material y concreto en cuanto respecta a la existencia de una capacidad material y concreta de evitabilidad del resultado imputado, la cual se determinará por referencia a la naturaleza de la actividad delegada, al alcance que en cada caso analizado tengan los deberes de control y vigilancia y en atención al grado de autonomía que en el contexto fáctico investigado hubiera tenido el delegatario para el desarrollo de la delegación.

Sexta. Se demostró que no basta con probar el nombramiento y la posesión de un funcionario público y determinar los deberes funcionales adscritos a su empleo, para predicar la exigibilidad de los mismos. Igualmente que no basta con señalar que el disciplinado actuó a título de dolo, culpa gravísima o culpa grave pues, al ser éstas formas de ejecución del comportamiento, decir que se actuó a título de dolo o culpa no equivale a decir que el deber en cuestión hubiese sido exigible en las circunstancias concretas del caso.

Séptima. Y partiendo de la naturaleza laboral del derecho disciplinario, de las relaciones especiales de sujeción que en éste imperan y del artículo 28 de la ley 734 de 2002, se propuso estructurar el juicio de culpabilidad disciplinaria en tres elementos: la imputabilidad del disciplinado, el conocimiento de la ilicitud sustancial del comportamiento y la existencia en el caso concreto, de las competencias personales y las condiciones laborales que permitan la debida ejecución del deber funcional omitido o cumplido irregularmente.

Como sustento de esta propuesta, se argumentó que las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único son en el fondo causales de inexigibilidad del deber funcional omitido o cumplido irregularmente y que por tal condición, proveen elementos de juicio para determinar la exigibilidad o inexigibilidad de un comportamiento, vía por la cual se puede llegar a la determinación de los presupuestos del juicio de culpabilidad.

Y fue así como se sostuvo que los dos primeros elementos del juicio en mención surgen como contra cara de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 28 ibídem, según los cuales, no surge responsabilidad disciplinaria cuando se actúa con la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria o cuando la conducta tiene ocurrencia en situación de inimputabilidad y que el tercer elemento emergía como necesaria consecuencia de las relaciones especiales de sujeción de las que emana el derecho disciplinario, a partir de las cuales para predicar la existencia de una falta disciplinaria, ésta debe haber sido ejecutada o cometida en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo desempeñado, circunstancia que impone al operador disciplinario interesado en determinar la existencia o no de culpabilidad, el deber de acudir tanto al contexto laboral donde se encuentra inmerso el cargo y la función, para determinar que tan exigible le era al disciplinado actuar conforme al orden jurídico en ese escenario laboral, como a las

competencias técnicas o profesionales exigidas para el ejercicio del cargo y a las necesarias para la ejecución de la conducta demandada por el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Amaya, U. A. (2002). *Teoría de la responsabilidad fiscal: Aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Andrade Castro, J. A. (2012). *La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ayala, J. E. (1999). *Elementos de derecho administrativo general*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Bacigalupo, E. (1997). *Principios de derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Madrid: Akal.

Benavides, J. L. (2005). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernate Ochoa, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Bonivento Fernández, J. A. (2000). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería del Profesional.

Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.

García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (1993). *Curso de derecho administrativo* (4ª ed., Tomo 1). Madrid: Civitas.

Gómez López, J. O. (2013). *Tratado de derecho penal. Culpabilidad y causales de inculpabilidad* (Tomo 4). Doctrina y Ley.

Gómez Pavajeau, C. A. (2007). *Dogmática del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Hernández, P. A. (1999). *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis.

Hinestrosa, F. (2008). *La representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Isaza Serrano, C. M. (2009). *Teoría general del derecho disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales* (2ª ed.). Bogotá: Temis.

Iturraspe Mosset, J. (2004). *Responsabilidad por daños* (Tomo 8). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis.

López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Matallana Camacho, E. (2005). *Manual de contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Barcelona: Reppertor.

Montaner Fernández, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier.

Mutis Vanegas, A., & Quintero Múnera, A. (2000). *La contratación estatal: Análisis y perspectivas*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Ordóñez Maldonado, A. (2009). *Justicia disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Palacio Hincapié, J. Á. (2008). *La transparencia en la contratación del Estado*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Parada, R. (2000). *Derecho administrativo, organización y empleo público* (Tomo 2). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.

Parejo Alfonso, L. (2007). *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia.

Polo Figueroa, J. A. (2001). *Elementos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Quintero Olivares, G., & Morales Prats, F. (2001). El nuevo derecho penal español. En *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi.

Rincón Córdoba, J. I. (2009). *Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano* (16ª ed.). Bogotá: Temis.

Roxín, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del derecho* (Tomo 1). Madrid: Civitas.

Sánchez Herrera, E. M. (2007). *Dogmática practicable del derecho disciplinario. Preguntas y respuestas* (2ª ed.). Bogotá: Nueva Jurídica.

Santofimio Gamboa, J. O. (2000). *Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general de contratos estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sayagúes Laso, E. (1974). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo.

Silva Sánchez, J. M. (2006). *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª ed.). Buenos Aires: IB de F.

Suárez Sánchez, A. (1998). *La autoría en el derecho disciplinario*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (2ª ed., Tomo 1). Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (Tomo 1). Bogotá: Legis.

Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Editorial Temis.

Velásquez Velásquez, F. (2009). *Manual de derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Velásquez Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Vocabulario jurídico. (1995). Bogotá: Temis.

Younes Moreno, D. (2005). *Derecho administrativo laboral* (10ª ed.). Bogotá: Temis.

Artículos

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Revista Doxa*, 10.

Cárdenas Mejía, J. P. (1994). La responsabilidad contractual del servidor público. En *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Castro Cuenca, C. (2011). Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal. En *La ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y la eficiencia en la contratación estatal?* Bogotá: Universidad del Rosario.

Cely, A. M. (2008). La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades, notas sobre el derecho francés. *Revista de Derecho Privado*, 15, Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. A., & Molano López, M. R. (2007). La comisión por omisión con especial énfasis en la actividad administrativa. En J. P. Castañeda (Ed.), *Lecciones de derecho disciplinario* (Vol. 2). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Gómez Pavajeau, C. A. (2008). Delegación y posición de garante. La responsabilidad disciplinaria del delegante y del delegado. En J. P. Castañeda (Ed.), *Lecciones de derecho disciplinario* (Vol. 9). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Hernández Enríquez, A. E. (2010). Sujetos de la contratación estatal. En *Temas en contratos estatales*. Biblioteca Jurídica Dike.

Hernández, P. A. (2010). La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el régimen disciplinario: Mucho más que "conductas típicamente antijurídicas" de los servidores públicos. En *Ensayos sobre derecho disciplinario* (Tomo 1). Bogotá: Nueva Jurídica.

Mantilla Espinosa, F. (2007). *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín, 11, enero-junio.

Oñate Araújo, R. (2011). La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En *La ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y la eficiencia en la contratación estatal?* Bogotá: Universidad del Rosario.

Ramírez Torrado, M. L. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, 29, Universidad del Norte.

Sánchez Torres, A. (1994). La responsabilidad contractual del servidor público. En *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Torres, F. A. (2006). La culpabilidad en el derecho disciplinario. En J. P. Castañeda (Ed.), *Lecciones de derecho disciplinario* (Vol. 1). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Otras publicaciones

Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2005). *Gaceta disciplinaria 2001-2004* (Tomo 1). Bogotá: Autor.

Sentencias de la Corte Constitucional (C. Const.)

Corte Constitucional, sentencia C-693 del 9 de julio (2008). M. P. Marco Gerardo Monroy.

Corte Constitucional, sentencia C-425 del 31 de mayo (2006). M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-1235 del 29 de noviembre (2005). M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia SU-901 del primero de septiembre (2005). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-818 del 9 de agosto (2005). M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-014 del 20 de enero (2004). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-244 del 30 de mayo (2003). M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-252 del 25 de marzo (2003). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-127 del 18 de febrero (2003). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia C-037 del 28 de enero (2003). M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-1174 del 17 de noviembre (2002). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-1076 del 5 de diciembre (2002). M. P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre (2002). M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-793 del 24 de septiembre (2002). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-619 del 8 de agosto (2002). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-616 del 6 de agosto (2002). M. P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, sentencia C-372 del 15 de mayo (2002). M. P. Jaime Córdoba.

Corte Constitucional, sentencia C-181 del 12 de marzo (2002). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-155 del 5 de marzo (2002). M. P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sentencia C-727 del 21 de junio (2000). M. P. Vladimiro Naranjo.

Corte Constitucional, sentencia C-382 del 5 de abril (2000). M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia C-088 del 2 de febrero (2000). M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-708 del 22 de septiembre (1999). M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-769 del 10 de diciembre (1998). M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia T-584 del 19 de octubre (1998). M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, sentencia C-310 del 25 de junio (1997). M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-237 del 20 de mayo (1997). M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-597 del 6 de noviembre (1996). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-280 del 25 de junio (1996). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-244 del 30 de mayo (1996). M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-284 del 5 de abril (2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-004 del 18 de enero (1996). M. P. Antonio Barrera Carbonel.

Corte Constitucional, sentencia C-374 del 25 de agosto (1994). M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C-214 del 28 de abril (1994). M. P. Antonio Barrera Carbonel.

Sentencias del Consejo de Estado (C. E.)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril (2010). Radicado 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B, M. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio (2008). Radicado 240-01(AP)B, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre (2007). Radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715), M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección (B), sentencia del 18 de octubre (2007). Radicado 11001032500020040010200 (1127-2004), M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre (2007). Radicado 13503, M. P. Mauricio Fajardo.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia (C. S. J.)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de julio (2010). Radicado 28508. M.P. Leonidas Bustos Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de agosto (2009). Radicado 11001-3103-038-2001-01054-01, M. P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 23 de abril (2008). Radicado 28396, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de tutela del 31 de julio (2007). Radicado: 31972. M.P. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 16 de marzo (1996). Radicado 4637, M. P. Carlos Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 2419 del 16 de julio (1985). M. P. Horacio Montoya Gil.

Fallos de la Procuraduría General de la Nación (P. G. N.)

Sala Disciplinaria (2010). Fallo de segunda instancia del 26 de octubre, radicado 162-125096-05.

Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2010). Fallo En decisión de primera instancia del 31 de agosto, radicado No. 165-170855.

Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2010). Fallo de primera instancia del 14 de julio, radicado 165-164072-2007.

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa (2010). Fallo de segunda instancia del 17 de junio, proferido dentro del radicado IUS 2010-1019.

Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública (2009). Fallo de primera instancia del 28 de octubre, radicado 162-125096-05.

Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2009). Fallo de segunda instancia del 8 de octubre, radicado 165-117862-2005.

Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2009). Fallo de primera instancia del 28 de mayo, radicado 165-117862-2005.

Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa (2007). Fallo de segunda instancia del 19 de julio, proferido dentro del radicado 94-4424-2007

Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal (2007). Fallo de primera instancia del 24 de mayo, radicado 165-104369-2004.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria (2006). Fallo de segunda instancia del 2 de noviembre, radicación 161-3231 (030-90490-03).

Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa (2005). Fallo de primera instancia del 6 de octubre, radicado 83-02700-2004.

Legislación Nacional

Constitución Política del 4 de julio de 1991.

Ley 1306 del 5 de junio de 2009.

Ley 1150 del 16 de julio de 2007.

Ley 902 del 8 de julio de 2005.

Ley 909 del 23 de septiembre de 2004.

Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

Ley 678 del 3 de agosto de 2001.

Ley 610 del 15 de agosto de 2000.

Ley 489 del 24 de diciembre de 1998.

Ley 472 del 6 de agosto de 1998.

Ley 80 del 28 de octubre de 1993.

Decreto 734 del 13 de abril de 2012.

Decreto 2772 del 10 de agosto de 2005.

Decreto 785 del 17 de marzo de 2005.

Decreto 663 del 2 de abril de 1993.

Decreto 222 del 2 de febrero de 1983.

Decreto 410 del 16 de junio de 1971.