

**DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE
A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA**

CARLOS ANDRÉS NUÑEZ DE LEÓN

Facultad de Jurisprudencia.

Universidad Colegio Mayor de Nuestra
Señora del Rosario

2011

INTRODUCCIÓN

La motivación para la realización del presente estudio parte de la creciente asociación de figuras consagradas para el correcto y ágil funcionamiento de la administración pública con el fenómeno de la corrupción. Una de ellas es la delegación de funciones administrativas, categoría establecida por el constituyente como uno de los principios de la administración pública a través de los que se pretende la consecución del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La utilización de la delegación para consumir actos de corrupción ha supuesto un reto para el Derecho colombiano, por lo cual se han elaborado mecanismos para evitar que este instrumento se utilice para encubrir o consumir delitos contra la administración pública. Desafortunadamente esta situación ha generado que la legislación y la jurisprudencia construyan mecanismos que de manera cada vez más amplia han permitido imputar responsabilidad al delegante por actos del delegatario, lo cual ha convertido en letra muerta la norma constitucional que exime de responsabilidad al delegante y han transformado a la delegación en un instrumento cada vez más disfuncional y por lo tanto inútil dentro de las entidades públicas.

De acuerdo a lo anterior, el problema jurídico que se aborda en esta tesis es precisamente la dificultad de la delimitación de la responsabilidad del delegante por actos realizados por el delegatario y la hipótesis que se plantea es la necesidad de crear un modelo que evite que la delegación se convierta en un instrumento que fomente la corrupción o la ineptitud de los directores de las entidades públicas, pero que no desconozca las reglas básicas del derecho administrativo ni los principios fundamentales de la responsabilidad individual del Derecho sancionatorio.

En este sentido, la doctrina penal ha elaborado una figura jurídica que puede resultar muy útil para delimitar la responsabilidad del delegante por actos del delegatario en ámbitos de división de funciones: el principio de confianza. De acuerdo al principio de confianza, quien cumple con las reglas de la actividad que está realizando tiene derecho a confiar en que los demás que participan en la misma también lo hagan. Por lo anterior, se formula como hipótesis que si el delegante cumple con sus deberes en la función pública tiene derecho a confiar en la diligencia del delegatario.

Esta posición además no fomenta la impunidad del delegante, pues establece una serie de criterios que delimitan su responsabilidad y que establecen la posibilidad de que no se aplique el principio de confianza cuando tiene indicios que el delegatario no está cumpliendo con sus funciones, cuando no se cumple con los requisitos de la delegación o cuando no se cumple con unos deberes mínimos derivados de la posición de garante del delegante sobre los actos del delegatario.

En ese orden de ideas, el primer capítulo de este estudio tiene como punto de partida una aproximación jurídica al concepto de la delegación de funciones administrativas, comenzando por el análisis del desarrollo que la jurisprudencia y la doctrina le han dado al concepto de función pública y la orientación constitucional que vincula a la delegación de funciones administrativas.

El segundo aspecto analizado en el primer capítulo se refiere al estudio de las características de la delegación de funciones administrativas, especialmente a los tópicos que han ocupado la atención de la jurisprudencia constitucional, tal es el caso de la finalidad que motiva su existencia como categoría del derecho

administrativo y su objeto. También, se abordan los requisitos y elementos de la figura, por lo que se hará referencia a la autorización que debe existir para realizar un acto de delegación y a los eventos en los cuales resulta improcedente la utilización de esta.

Así mismo, se desarrollará lo referente a la figura del delegante, aspecto determinante para el estudio ya que se hará una profunda alusión a la problemática de la responsabilidad de este actor.

Dentro de las características de la figura de la delegación no se puede dejar de lado el acto administrativo por medio del cual se realiza, cuáles deben ser las características que lo determinan y el contenido de este. Posteriormente se analizará lo referente al delegatario, el régimen de los actos que este desarrolla con ocasión de la delegación realizada y lo atinente al vínculo que surge entre ambos.

La tercera parte del primer capítulo se ocupará de las figuras de la descentralización y la desconcentración, sus características y el desarrollo que la jurisprudencia y la doctrina han establecido sobre ellas, así como las diferencias que existen entre estas y la delegación de funciones administrativas. Así se verá que existen tipos de delegación de origen constitucional y tipos de delegación de origen legal, y se establecerán los conceptos de delegación propia y de la denominada delegación impropia, o también conocida como delegación entre entidades públicas.

La importancia de este aparte referente al desarrollo de las distintas clases de delegación se encuentra en el análisis de la figura de la delegación para la contratación pública, donde se estudiarán los fundamentos normativos que consagran esta figura, especialmente lo establecido en los artículos 12 y 25,

numeral 10, del estatuto general de la contratación en la administración pública.

Lo destacado de este aspecto es que si bien existen varias clases de delegación de funciones administrativas, la llamada delegación para contratar cobra especial vigencia en los temas que pretende abarcar este estudio, toda vez que además de contar con una regulación especial, ha ocupado en distintas oportunidades la atención de la jurisprudencia y la doctrina, sobre todo por el régimen que respecto de la responsabilidad del delegante contemplan las disposiciones que la desarrollan. Por tales motivos se estudiarán sus consecuencias para este actor fundamental de la relación que surge en torno a la delegación y su utilización como vehículo para cometer actos de corrupción y de desnaturalización de la función administrativa.

Ahora bien, para finalizar este primer capítulo y la aproximación jurídica que se pretende a la figura de la delegación de funciones administrativas se traerá a colación lo atinente a la extinción de la delegación, es decir cuándo y en que oportunidades fenece la transferencia de funciones administrativas entre el delegante y su delegatario.

El capítulo segundo introduce el estudio en los campos específicos y la problemática que se pretende plantear, ya que se ocupa de la responsabilidad del delegante y el fenómeno de la corrupción específicamente en la contratación pública. Esto, con el propósito de esbozar las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la exención de responsabilidad del delegante en este tipo de delegación y las consecuencias que el fenómeno de la corrupción acarrea para la utilización de esta categoría del derecho administrativo.

Luego de planteada esta problemática se procederá al estudio y análisis del inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, en el cual se

consagra lo que se ha denominado como exención de responsabilidad del delegante en materia de la delegación de funciones administrativas en general. Así las cosas, consecutivamente se mirará esa exención de responsabilidad a la luz del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, donde se estipula la responsabilidad del delegante en la delegación de firma en la contratación estatal, lo establecido en el párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, donde se señala lo atinente a la responsabilidad del delegante en la contratación pública específicamente en materia de acción de repetición y lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 sobre la responsabilidad del delegante en la actividad precontractual y contractual de la administración pública.

Esta normatividad se analizará de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia y la doctrina sobre la responsabilidad del delegante cuando media un acto de delegación.

La otra parte de este capítulo implica el análisis de la corrupción como problemática que afecta la figura de la delegación para contratar y como restricción material de la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el artículo 211 de la Constitución, aspecto que será determinado luego de la exposición del panorama de la corrupción en la administración pública, el cual se analizará de acuerdo a las características, formas y causas del fenómeno de la corrupción, haciendo especial énfasis en la delegación de funciones como una de las principales tipologías de corrupción que afecta la contratación pública.

Así, se analizará lo establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de casos donde se han presentado lesiones al bien jurídico penalmente tutelado administración pública y se ha visto involucrada en la actualización de tipos penal la figura de la delegación de funciones para contratar.

El tercer capítulo de este estudio se ocupa de estudiar la aplicación de la figura del principio de confianza desarrollado por la jurisprudencia penal alemana en la determinación de la responsabilidad del delegante en materia de delegación para contratar. Así, se buscará establecer los efectos de la aplicación de un concepto que se expandió a otros sectores del tráfico jurídico, luego de su desarrollo en el tráfico viario.

En primer término se buscará una aproximación al análisis de la figura del principio de confianza, es decir, se hará referencia a su origen y concepto. Consecutivamente se tratarán los aspectos que producen su fundamentación jurídica y luego se expondrán las distintas críticas que han surgido en torno a la aplicación de esta figura. También se hace necesario traer a colación cuáles son los requisitos para la aplicación del principio de confianza, donde se analizará el cumplimiento de las normas de la actividad desarrollada, lo atinente a los no indicios de la existencia de una conducta antijurídica y lo que corresponde a los deberes de vigilancia y control específicos.

La segunda gran parte de este capítulo tercero tiene que ver con las consecuencias que genera la aplicación de la figura del principio de confianza, donde se establecerán cuales son las consecuencias que de forma general se producen en la teoría de la responsabilidad, para de forma sucesiva exponer la aplicación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico por parte de la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, como colofón tenemos que se expondrán las consecuencias específicas de la aplicación del principio de confianza frente a la delegación de funciones administrativas, especialmente en la delegación para contratar, para así entrar a plantear las respectivas conclusiones.

De esta manera, el presente estudio pretende abordar los aspectos más

relevantes de la delegación y enfocarlos al estudio de la problemática de la exención de la responsabilidad y de cómo se puede dar una solución coherente a la misma a través de la aplicación del principio de confianza.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.

1. Función Administrativa y Delegación.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 113 de la Constitución Nacional, la función administrativa está asignada a la rama ejecutiva del poder público y mediante ella se ejerce el Gobierno y la administración del Estado, a través de los instrumentos y categorías determinados por la Constitución y las leyes.

En la doctrina encontramos que el tratadista Jorge Ibáñez, considera que: *“La Rama Ejecutiva es aquella faceta del poder público que concentra el mayor vínculo de acciones para lograr la realización de los fines del Estado, pues a su cargo está principalmente el ejercicio de la función administrativa”*¹. Sobre este aspecto, el profesor Diego Younes Moreno, manifiesta que: *“La función administrativa es la realización de los actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que producen transformaciones concretas en el mundo jurídico. Por ejemplo un nombramiento, la imposición de una sanción disciplinaria, celebrar contratos, conceder licencias o autorizaciones etc.”*²

De lo anterior se puede concluir que mediante la función administrativa se procura la consecución de los fines del Estado de acuerdo a las herramientas otorgadas por la Constitución para la satisfacción del interés general, tal como

¹ QUINCHE RAMÍREZ, M. Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta del 1991 y sus reformas. Grupo editorial Ibáñez y Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008. Pág. 359.

² YOUNES MORENO, D. Curso de derecho administrativo. Temis. Bogotá, 2007. Pág. 44.

lo ha señalado la Corte Constitucional³.

Lo anterior indica que de acuerdo al modelo de administración consagrado en nuestra Constitución, el de Estado Social de Derecho⁴, en el ordenamiento colombiano el ejercicio de la función administrativa debe estar orientado a satisfacer el interés general de acuerdo a unos parámetros establecidos para tales fines. En tal sentido, el capítulo V del título V de la Constitución fue denominado *“De la función administrativa”*, y en su artículo 209 consagra los principios que deben regir el ejercicio de este modelo de administración⁵.

Estos principios tienen gran relevancia para la organización del Estado, toda vez que a través de la función administrativa se materializan los fines y objetivos del gobierno de lo público. Por tales motivos el legislador expidió la Ley 489 de 1998, cuyo artículo 1 establece que mediante dicho estatuto se *“regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los*

³ Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Gálvis: *“La organización administrativa, en el Estado Social de Derecho tiene atribuidas variadas actividades habida cuenta de las finalidades propias de dicho modelo de configuración social. En ese orden de ideas le corresponden funciones “administrativas” propiamente dichas pero también algunas de gestión económica, de carácter industrial y comercial y por supuesto las que dentro del ordenamiento jurídico constitucional configuran cabales “servicios públicos”, en sentido estricto. Se ha expresado que la Constitución prevé que la función administrativa, siempre al servicio del interés general debe estructurarse con sujeción a los principios expresos de la propia Constitución y mediante la descentralización, desconcentración y delegación.”*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1163 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz.: *“Al desarrollar el concepto de Estado social de derecho, paradigma de organización jurídico-político por el que optó el Constituyente colombiano de 1991, esta Corporación señaló, que el mismo sirvió para “...transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social...”*; en esa perspectiva, la función administrativa adquirió una nueva dimensión, pues a través de ella el Estado materializa las funciones y objetivos a su cargo, dirigidos fundamentalmente a la realización plena del individuo y de los intereses superiores de la sociedad, de ahí el espacio concreto que a la misma se le dio en el artículo 209 del ordenamiento superior: (...).”

⁵ Artículo 209 de la Constitución Política: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.*

principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.”.

El Capítulo segundo de la ley 489 de 1998 aborda los principios y finalidades de la función administrativa, reiterando los principios plasmados en el artículo 209 constitucional, y que *“la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”*⁶

Es claro entonces que el ejercicio de la función administrativa tiene como herramientas fundamentales los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución, desarrollados por la Ley 489 de 1998, los cuales de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia, pueden ser distinguidos entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales, dentro de los cuales se encuentra la delegación, tal como ha señalado la Corte Constitucional en las sentencias C-561 de 1999⁷ y C-036 de 2005⁸.

⁶ Congreso de la República. Ley 489 de 1998. Artículo 4.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.: *“Sea lo primero, comenzar citando el artículo 209 Superior, que establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.”*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto: *“Esta Corte ha señalado que el artículo 209 de la Carta establece varios tipos de principios que gobiernan la función administrativa, entre los cuales puede distinguirse entre los finalísticos, los funcionales y los organizacionales”*^{8[1]}. Los primeros señalan la finalidad que debe buscar la función administrativa, como por ejemplo que ésta debe estar al servicio de los intereses generales; los principios funcionales indican la manera como debe ejercerse dicha función, como son el respeto de la igualdad, la moralidad o la eficacia; finalmente, los principios organizacionales establecen la forma como pueden repartirse las competencias dentro de la estructura administrativa, en desarrollo de la función administrativa (descentralización, desconcentración y delegación de funciones).”

Teniendo clara esta distinción, se mostrará la relevancia que la jurisprudencia le ha otorgado al principio organizacional que interesa a este estudio: la delegación de funciones administrativas.

La delegación de funciones, así como los demás principios organizacionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución, establece la forma como pueden distribuirse las competencias dentro de la administración del estado para el cumplimiento de la función administrativa. Su relevancia como instrumento organizacional es destacada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-802 de 2006 al considerar que la misma evita que se *“desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas”*^{9[31]}, en la medida en que contribuye al ejercicio oportuno de las atribuciones conferidas a la administración estatal.”¹⁰

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que la delegación de funciones busca *“descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales”*¹¹.

Por su parte, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 4 de noviembre de 1999 consideró que: *“el principio de la delegación de funciones se convirtió, a la luz de dicho artículo, en instrumento de particular importancia para el desarrollo de la actividad*

^{9[31]} Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

administrativa."¹².

De esta manera, de acuerdo a las consideraciones jurisprudenciales antes citadas, la delegación de funciones contribuye al desarrollo oportuno de las facultades otorgadas por la Constitución para el ejercicio de la administración estatal en cumplimiento de los intereses generales¹³.

En consecuencia, la delegación es un mecanismo justificado jurídicamente e irrenunciable desde el punto de vista de la gestión administrativa, pues sin el mismo sería imposible el cumplimiento de los fines del Estado. Lo anterior implica entonces que no se puede obstaculizar la delegación por el simple hecho de que en algunas ocasiones se utilice para consumir actos de corrupción, por el contrario, lo que debe hacerse es buscar mecanismos para sancionar a aquellos delegantes que la utilicen como fundamento de actos incorrectos, pero salvaguardarla cuando se emplea simplemente como un instrumento para mejorar la gestión administrativa.

De esta manera, al haber decantado su importancia como principio constitucional de carácter organizacional¹⁴ y como fundamento para la

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 4 de noviembre de 1999. Radicación No. 4818. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Gálvis: "La Corte también en varias oportunidades se ha ocupado del tema y ha señalado:

"...que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el Artículo 209 de la Constitución Colombiana "... está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones"."

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-597 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero: "La Corte considera que para responder a este interrogante es necesario tener en cuenta que la función administrativa, conforme a la Carta, se desarrolla con fundamento, entre otros principios, en la delegación y desconcentración de funciones (CP art. 209)."

realización de los fines del Estado a través del desarrollo de la función administrativa¹⁵, a continuación se realizará una aproximación al concepto de delegación de funciones, su evolución normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, su naturaleza jurídica, su finalidad, su objeto y demás elementos trazados por la Constitución y la Ley, así como el desarrollo que de estos han hecho la jurisprudencia y la doctrina.

2. Concepto de delegación de funciones.

Como se anotó en el acápite anterior, el marco jurídico para iniciar el estudio de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano aparece en el ya citado artículo 209 de la Constitución Política, el cual, la consagra como un principio organizacional para el desarrollo de la función administrativa.

En el ámbito legal, tenemos que la Ley 489 de 1998, en desarrollo de lo plasmado en el artículo 209 superior, estipula en su artículo 9 a la delegación como la figura mediante la cual es posible que las autoridades administrativas transfieran el ejercicio de las funciones que les competen¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Gálvis: “Cabe reiterar, en armonía con lo expuesto, que la función administrativa siempre al servicio de los intereses generales debe desarrollarse de conformidad con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad “mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”. El mismo artículo 209 de la Constitución señala que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado y que en todos sus órdenes la administración tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

¹⁶ ARTICULO 9o. de la ley 489 de 1998: “Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades 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, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Esta disposición define los lineamientos generales de la delegación, desprendiéndose de ella distintos aspectos determinantes de la figura, entre los que se encuentran la finalidad y el objeto con que se ha consagrado en nuestro ordenamiento, los elementos que la constituyen, los requerimientos y autorizaciones para ponerla en práctica, así como los sujetos titulares y destinatarios de la delegación y demás cuestiones que denotan la importancia de esta categoría del derecho administrativo.

Sin embargo, a pesar de definir los lineamientos y dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la Ley 489 de 1998 no trae un concepto expreso de lo que se entiende por delegación de funciones, es la doctrina y la jurisprudencia quienes se han ocupado de pronunciarse en tal sentido.

Así, Pedro Lamprea Rodríguez señala que: *“Por definición, delegar es traspasar competencia de un asunto a un subalterno. Equivale a encargo del jefe en el funcionario inferior, para el cumplimiento de cierta función propia de aquel. Según la doctrina, la delegación es de aplicación restrictiva, porque exige norma expresa o mandato superior de competencia. Según la jurisprudencia nacional, la delegación no es regla general, sino excepción, en el ejercicio de funciones administrativas. Como procedimiento administrativo, es medida transitoria para descongestionar los despachos o para no distraer al superior en asuntos de puro interés burocrático, como sucede en la celebración de contratos a nombre de la nación, a cargo de los ministros.”*¹⁷

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.”

¹⁷ LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. Contratos Estatales, Temis. Bogotá, 2007. Págs. 164 – 165.

En el campo jurisprudencial, encontramos que en distintas oportunidades la Corte Constitucional se ha ocupado de estudiar la figura de la delegación de funciones administrativas. Así, en sentencia C-581 de 1.999 sobre lo que se entiende por delegación de funciones sostuvo que: *"(...) La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia."*¹⁸.

Este mismo Tribunal, en sentencia C-382 de 2.000, consideró que: *"La delegación es 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."*¹⁹

En igual sentido, en Sentencia C-802 de 2006 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, se expuso que la delegación: *"Es una figura además, consagrada en el artículo 209 de la Carta Política como un instrumento de gestión de las autoridades administrativas en general; y en los artículos 196 inciso 4 y 211 de la norma superior^{20[29]}, como reglas que forman parte de la arquitectura funcional de la Rama Ejecutiva y de la administración central, que hacen alusión, incluso, a la delegación de funciones presidenciales. La jurisprudencia constitucional ha sostenido en relación con estas disposiciones, que "la delegación, es una técnica de manejo administrativo (...) que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211,*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

^{20[29]} En el Artículo 305, numeral 14 de la Carta, también se hace alusión a la posibilidad de delegación de funciones presidenciales de carácter administrativo en el Gobernador.

196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general y otras de manera específica (...)^{21[30]}.”²²

Así mismo, el Consejo de Estado se ha pronunciado también en múltiples decisiones sobre el concepto de delegación de funciones administrativas. Desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de febrero 14 de 1990, sostuvo que:

“Para el Diccionario de Uso del Español, delegar es “autorizar una persona a otra para que obren en representación suya en algún asunto”. A manera de sinónimos la misma obra indica la relación siguiente: apoderar, dar atribuciones, autorizar, dar carta blanca, cometer, comisionar, confiar, dejar, (poner) al cuidado de, deferir, diputar, empoderar, encargar.”²³

Posteriormente, en vigencia de la Constitución de 1991, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez, sobre el concepto de la delegación de funciones consideró que:

“”1. La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de su subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación.... (Concepto No. 1220 de septiembre 6 de 1990. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 372. Extractos de

^{21[30]} Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 14 de febrero de 1990. Proceso No. 722. C.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Jurisprudencia. Octubre, noviembre y diciembre de 1990, Primera Parte, pp. 91 y 92)."²⁴

En el mismo sentido, con ponencia del Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 9 de agosto de 1999 manifestó:

*...“No es este el caso de la delegación de funciones, la cual implica un traslado de competencias que convierte a la autoridad delegataria en titular y responsable del ejercicio de las mismas, de manera tal que la autoridad delegante, si quiere modificar o revocar los actos del delegado, debe reasumir las funciones. En el caso de la delegación de funciones existe traslado de funciones de una autoridad a otra, con cierto grado de autonomía en su ejercicio, lo cual no sucede en el asunto bajo examen, dominado por el principio del control jerárquico, en donde a través del juego de los recursos de la vía gubernativa, la decisión queda en manos del superior jerárquico.”...*²⁵

Este concepto fue reiterado por la Sección Segunda de la misma sala en providencia del 12 de agosto de 2009 al señalar lo siguiente:

“Y la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que:

“Mediante la delegación, la autoridad administrativa transfiere el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, siempre por acto de delegación (decreto o resolución) y con sujeción a la Constitución o la ley. Para que la autoridad pueda delegar algunas o alguna función de las que le han sido asignadas por la Carta Política o

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso No. 2228. 5 de marzo de 1993. C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 9 de agosto de 1999. Radicación No. 3995. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola

por la ley - por estimarlo conveniente o necesario para el servicio público o el interés general-, es indispensable la previa autorización legal en donde se determine la materia delegable o las condiciones de la delegación. Sobre este fundamento insoslayable, el delegante puede transferir la función y la consiguiente responsabilidad al delegado - también llamado delegatario en el lenguaje jurídico Colombiano-, sin que éste a su vez pueda subdelegar, salvo expresa autorización de la ley. Por su naturaleza, la delegación es transitoria, pues el delegante siempre puede reasumir la función, la que al ejercerla en forma directa, lo convierte de nuevo en el titular de la responsabilidad.^{26[6]}

Con base en la jurisprudencia trascrita, se tiene que la delegación de funciones opera previa autorización de norma superior, por conveniencia o necesidad del servicio público y materializado a través de un acto administrativo donde se precisen las funciones a desarrollar por el delegatario, quien tiene la misma autonomía del titular de las funciones delegadas.”²⁷

Así las cosas, es posible afirmar que la delegación es un mecanismo para el ejercicio de la función administrativa por medio del cual un órgano o funcionario titular de una competencia o función transfiere a otro órgano o funcionario, de rango inferior, una función o competencia de la que es titular, de forma específica y por un periodo determinado, estando facultado el titular de la competencia o función para reasumirla en cualquier momento. Es de anotar que la implementación de este mecanismo destinado para el desarrollo de la función administrativa debe obedecer a unos parámetros establecidos en la Ley.

^{26[6]} Consejo de Estado. Sala de Consulta. Sentencia del 26 de marzo de 1998. Consulta No. 1089 C.P. Javier Henao Hidrón

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-07269-01(4334-05). 12 de agosto de 2009. C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero

3. Evolución normativa de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1. La delegación de funciones en la Constitución de 1886, en sus reformas, y en las leyes y decretos expedidos durante su vigencia.

La delegación de funciones ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1886, siendo un punto fundamental de las reformas que esta Carta sufrió. Es de anotar que en sus primeras apariciones la figura de la delegación solo fue dispuesta para las funciones del Presidente de la República, y en la medida en que esta fue siendo reformada se consagró como herramienta para el ejercicio de la función administrativa en general. Veamos:

En primer lugar encontramos en la Constitución Política de 1886, y específicamente en su artículo 135, la delegación como una figura que le brindaba la posibilidad al Presidente de la República de delegar sus funciones en cabeza de los ministros como jefes superiores de la administración²⁸.

Posteriormente en el artículo 67²⁹ de la Ley 4 de 1913 se le dio un mayor alcance a la delegación de funciones, toda vez que se consagró la posibilidad de que el Presidente delegara funciones en sus subalternos. Así mismo, el artículo 69 de esta ley extiende la delegación de funciones presidenciales a los Gobernadores como agentes del Gobierno, y da unos parámetros claros en materia de

²⁸ Artículo 135 de la Constitución Política: “Los Ministros, como jefes superiores de Administración, pueden ejercer en ciertos casos la autoridad presidencial, según lo disponga el Presidente. Bajo su propia responsabilidad anulan, reforman o suspenden las providencias de los agentes inferiore.”

²⁹ Artículo 67 de la Ley 4 de 1913: “El presidente puede delegar a sus subalternos determinadas funciones, detalladas expresa y minuciosamente, salvo los casos prohibidos por la constitución o las leyes. El presidente conserva siempre el derecho de reformar o revocar lo que haga el inferior.”

responsabilidad en el ejercicio de las funciones delegadas, siendo fundamental lo establecido sobre la exención de responsabilidad cuando se delegaba³⁰.

Es de anotar que se estableció de forma expresa lo concerniente a la responsabilidad del delegatario, que para esta época se limitaba a determinados funcionarios como Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, así como la posibilidad de revocar o reformar los actos realizados en desarrollo de la delegación, que implicaba el reasumir la responsabilidad por parte de Presidente.

En el Acto Legislativo 1 del 5 de agosto de 1936, más conocido como la reforma Constitucional del 36, se elevó a rango Constitucional lo que se había plasmado en la Ley 4 de 1913, y en su artículo 32³¹ se plasmó lo que se había establecido en materia de la delegación de funciones presidenciales en cabeza de los Gobernadores como agentes del Gobierno, destacando también, que la delegación eximía de responsabilidad al Presidente.

Luego de que la reforma constitucional de 1936 estableciera los parámetros generales en materia de la delegación de funciones presidenciales, el Congreso de la República expidió la Ley 202 de diciembre 30 de 1936, por medio de la

³⁰ Artículo 69 de la ley 4 de 1913: “Los ministros y los jefes de departamentos administrativos, como jefes superiores de la administración, y los gobernadores, como agentes del gobierno, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al presidente de la república, como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. La delegación exime al presidente de responsabilidad, lo cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

³¹ Artículo 32 del Acto Legislativo 1 de 1936: “Los Ministros, como jefes superiores de la Administración, y los Gobernadores, como agentes del Poder Ejecutivo, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. #Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. #La delegación exime al Presidente de responsabilidad, la que corresponderá exclusivamente al delegatario cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el Presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

cual se reguló sobre la delegación de funciones del Presidente de la República. Por primera vez el ordenamiento jurídico colombiano contó con una norma donde se estableció de forma precisa cuáles eran las funciones que el Presidente de la República podía delegar³².

De igual forma, encontramos la Ley 202 de 1936 que estableció parámetros sobre la temporalidad de la delegación, la prohibición de la subdelegación y otros importantes aspectos para la aplicación de esta figura por parte del presidente de la República.

A la postre, el artículo 35 del Acto Legislativo No. 1 de febrero 16 de 1945³³ reformó el artículo 131 de la Constitución de 1886, estableciendo lo concerniente respecto de quienes el Presidente podía delegar sus funciones como suprema autoridad administrativa y la ausencia de responsabilidad del primer

³² Artículo 1º de la Ley 202 de diciembre 30 de 1936: “El Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 32 del Acto legislativo número 1o. de 1936, podrá delegar las siguientes funciones presidenciales: a). La de expedir las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y de los decretos reglamentarios. b). La de nombrar y remover las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, con excepción de los Ministros del Despacho, Jefes de Departamento Administrativo, Viceministros, Subjefes de Departamento Administrativo, Consejeros del Presidente de la República, Secretarios de la Presidencia de la República, Secretario Privado del Presidente de la República, Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos, Subsecretario General de la Presidencia de la República, Superintendentes, Superintendentes delegados, Gerentes, Directores o Presidentes de Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado; demás agentes suyos en entidades descentralizadas; representantes de la Nación, así como sus suplentes, en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas; agentes diplomáticos y consulares; gobernadores, intendentes, comisarios; jefes y oficiales del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional. c). La de velar por la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos. d). La de inspección de la instrucción pública nacional. e). La de celebrar contratos hasta por la cantidad de tres mil pesos, con arreglo a las leyes fiscales. f). Las indicadas en los ordinales 9o., 17, 19, 20 y 21 del artículo 120 de la constitución de 1886. g). Las determinadas en los numerales 1o., 3o., 4o., 6o., 8o., 10 y 14 del artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal. La delegación para remover y suspender a los empleados nacionales sólo podrá referirse a los de libre nombramiento y remoción del Presidente o de sus delegados.”

³³ “Artículo 35.- El Artículo 131 de la Constitución quedará así: Artículo 131.- Los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos, como Jefes Superiores de la Administración, y los Gobernadores, como agentes del Gobierno, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. #La delegación exime al Presidente de responsabilidad, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el Presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

mandatario por las actuaciones de los funcionarios en ejercicio de la delegación de funciones.

En 1958, el Congreso de la Republica expidió la Ley 19, a la que denominó *“Sobre la reforma administrativa”*, y en el numeral b) del artículo 20³⁴ del Capítulo IV de esta Ley, donde se trató respecto *“De la descentralización y de la tutela administrativa”*, se estableció una nueva posibilidad de delegación consistente en darle autorización al Gobierno Nacional para que reglamentara la celebración de contratos con los departamentos que tuvieran por objeto la descentralización determinados servicios públicos.

Diez años más tarde, en 1968, el Presidente Carlos Lleras Restrepo en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 65 de 1967 expidió el Decreto 1050 de 1968, por medio del cual se dictaron normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración Nacional. El artículo 12³⁵ de esta norma incluyó en las funciones de los Ministerios una serie de disposiciones sobre la delegación, y es posible destacar que por primera vez se consagraron aspectos sobre la delegación de funciones por parte de los Ministros a otros funcionarios, es decir, se le dio aplicación a la figura de la delegación para que otros funcionarios, distintos al Presidente de la República, delegaran las competencias asignadas por la constitución y la ley.

³⁴ Artículo 20 de la ley 59 de 1958: “Autorízase al Gobierno para que, con sujeción a las normas del Título 18 de la Constitución, reglamente la celebración, con los Departamentos, de contratos encaminados a descentralizar ciertos servicios públicos, y a que esas entidades presten a los Municipios una más eficaz cooperación para su propio desarrollo. Tales contratos estarán sujetos en todo caso a la aprobación de la Asambleas respectivas, y podrán cobijar las materias siguientes: (...)b) Delegación de los Departamentos de Servicio que hoy se hallan a cargo de la Nación; (...)”

³⁵ “(...)a) Ejercer, bajo su propia responsabilidad, las funciones que el presidente de la república les delegue o la ley les confiera, y vigilar el cumplimiento de las que por mandato legal se hayan otorgado a dependencias del ministerio, así como de las que hayan delegado en funcionarios de su despacho; f) Suscribir a nombre de la nación los contratos relativos a asuntos propios del ministerio, conforme a la ley, a los actos de delegación del presidente y a las demás normas pertinentes, (...)”

También esta disposición consagró la delegación interna de funciones, la cual fue estipulada en su artículo 21 de la siguiente manera: *“De la delegación interna de funciones. Los ministros y los jefes de departamentos administrativos podrán delegar en sus subalternos, hasta el nivel de jefe de sección, las funciones que les están señaladas por la ley, salvo disposición en contrario; y podrán revocar en cualquier momento la delegación y los actos que con base en ella se expidan, conforme al decreto 2703 de 1959. Los ministros y los jefes de departamentos administrativos no podrán subdelegar las funciones que les han sido delegadas por el presidente de la República. Parágrafo.- La delegación para la ordenación de gastos a que se refiere el artículo 127 del decreto 1675 de 1964, solo podrá hacerse al viceministro, al secretario general, a los directores generales y a los jefes de las unidades de servicios generales.”*³⁶

Esta norma es de gran importancia, pues en ella se estableció de forma clara que la delegación de funciones no solo operaba en el caso del presidente de la república, si no que otros funcionarios del nivel central también podían emplear esta categoría del derecho administrativo.

Ese mismo año 1968, también en uso de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 65 de 1967, el Presidente Lleras expidió el Decreto 3130, por medio del cual se dictó el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. Siendo las consideraciones expuestas, *“Que para lograr una mejor orientación, coordinación y control de las entidades descentralizadas del orden nacional, sin perjuicio de su autonomía, es necesario dictar normas generales que guíen su organización y funcionamiento, y complementen los principios consignados en el Decreto 1050 de 1968.”*³⁷

³⁶ Decreto 1050 de 1968. Art. 21.

³⁷ Decreto 3130 de 1968.

Con esta disposición se comenzó a contemplar la posibilidad de que los consejos o juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado fueran presididos por delegados de los Ministros o de los Jefes de los departamentos administrativos a cuyas carteras se encontraran adscritas o vinculadas dichas entidades. También, en el artículo 10³⁸ se emitieron disposiciones acerca de la delegación de funciones en otros organismos.

Los artículos 12 y 14 de este Decreto establecieron prohibiciones y limitaciones en materia de la delegación en la participación en las juntas o consejos directivos. El artículo 12 disponía que: *"En los estatutos de los Establecimientos Públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se determinarán los actos que por su importancia o cuantía requieren para su validez el voto favorable e indelegable del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo del ramo o la aprobación del Gobierno Nacional."*³⁹ Por su parte, lo referente a las limitaciones en la delegación de las funciones fue establecido en el artículo 14⁴⁰ de esta norma.

De igual forma, el Gobierno incluyó disposiciones acerca de la designación de delegados ante las juntas o consejos y se reguló la figura de los delegados oficiales ante estas instancias, y los límites a la remuneración que recibían

³⁸ "Artículo 10. De la delegación de funciones en otros organismos. Los Establecimientos Públicos, con el voto favorable del Presidente de su Junta o Consejo Directivo, y aprobación del Gobierno cuando así lo dispusieran sus respectivas normas legales o reglamentarias, podrán delegar en otras entidades descentralizadas territorialmente o por servicios el cumplimiento de algunas de sus funciones. La entidad delegataria se someterá a los requisitos y formalidades prescritos para el ejercicio de las funciones delegadas. El organismo que hubiera hecho la delegación podrá, con los mismos requisitos que se exigen para ella y, si fuere el caso, respetando las estipulaciones contractuales correspondientes, reasumir las funciones que hubieran sido delegadas."

³⁹ Decreto 3130 de 1968.

⁴⁰ "La representación de las acciones que posea la Nación en una sociedad de economía mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha sociedad. Esta función sólo podrá ser delegada en el Viceministro o en el Secretario General. Cuando el accionista sea un Establecimiento Público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos."

quienes eran delegados para la asistencia a juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos adscritos o vinculados a los Ministerios o Departamentos Administrativos⁴¹.

Posteriormente, en el mes de diciembre del mismo año se realizó una nueva reforma a la Constitución de 1886, la cual versó sobre las competencias que ejercían los gobernadores como delegatarios del Presidente de la República, lo cual se dispuso en el artículo 52⁴² el Acto legislativo No. 1 del 11 de diciembre de 1968.

Debo reiterar, que el gran desarrollo que tuvo la delegación de funciones como categoría del derecho administrativo en vigencia de la Constitución de 1886 fue en torno a la delegación de funciones presidenciales, por lo cual vale la pena traer a colación el Decreto 1153 del 20 de junio de 1978, del cual se denota cómo el Presidente de la República hacía uso de las facultades conferidas en el artículo 135 de la Constitución Nacional para delegar funciones presidenciales para el nombramiento y remoción de funcionarios⁴³.

Volviendo a la delegación de funciones por parte de funcionarios distintos al

⁴¹ Artículo 26 del Decreto 3130 de 1968: “De la remuneración de los empleados públicos por su asistencia a juntas o consejos. Los empleados o funcionarios públicos no podrán recibir remuneración por más de dos (2) Juntas o Consejos Directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación.”

⁴² “Artículo 52.- El Artículo 181 de la Constitución Nacional quedará así: #En cada uno de los Departamentos habrá un Gobernador, que será al mismo tiempo agente del Gobierno y Jefe de la Administración Seccional. #El Gobernador, como agente del Gobierno, dirigirá y coordinará, además, en el Departamento, los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.”

⁴³ “Artículo 1o. Delegase en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo la facultad de nombrar y remover funcionarios para el ejercicio de los empleos nacionales correspondientes a las plantas de personal de los organismos a su cargo, excepto de los de viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Secretario General del Ministerio o Departamento Administrativo, Consejero del Presidente de la República, Secretario Privado del Presidente de la República, Secretario de la Presidencia de la República, Superintendente, Consejero, Asesor, Director, Jefe de División, Jefe de Oficina, Jefe de Sección, Jefe de Unidad. Administrador de Impuestos, Administrador de Aduanas, Investigador Científico y Profesional Especializado.”

Presidente de República, aparece el Código de Régimen Municipal, expedido mediante el Decreto 1333 del 25 de abril de 1986, a través del cual se estableció la delegación de funciones entre entes del Estado. El artículo 10 de esta disposición estableció que: *“Los Municipios podrán ser delegatarios de la Nación, de los Departamentos y de sus entidades descentralizadas para la atención de funciones administrativas, la prestación de servicios y la ejecución de obras.”*⁴⁴

Así mismo, mediante este Código de Régimen Municipal se incluyeron disposiciones acerca de la delegación de representación en los consejos o juntas directivas (Art. 158 y Art. 161), y en su artículo 294 se establecieron las herramientas para que los alcaldes aplicaran la figura de la delegación de funciones⁴⁵. Igualmente, este Código consagró la delegación de funciones entre entes municipales, dándole herramientas de acción a la administración local⁴⁶.

De esta manera, puede concluirse que durante las primeras etapas de la delegación en Colombia, la misma se utilizó principalmente respecto de las funciones del Presidente de la República y permitió que el máximo Gobernante de los Colombianos pudiera cumplir eficientemente con los fines del Estado.

3.2. La Constitución de 1991 y la regulación actual.

⁴⁴ Decreto 1333 del 25 de abril de 1986

⁴⁵ *“La expedición de actos relacionado con el nombramiento, remoción y creación de situaciones administrativas del personal que presta sus servicios en la administración central de los Municipios corresponde a los Alcaldes. Estas atribuciones las podrán delegar conforme a las autorizaciones que para el efecto reciban de los Concejos. La administración del personal subalterno de los funcionarios que elijan los Cabildos, corresponden a dichos funcionarios.”*

⁴⁶ “Artículo 312º.- En cada Comuna o Corregimiento habrá una Junta Administradora Local que tendrá las siguientes atribuciones: a) Cumplir por delegación del Concejo Municipal, mediante resoluciones, lo conveniente para la administración del área de su jurisdicción y las demás funciones que se deriven del ordinal 8 del artículo 197 de la Constitución Política; (...) Artículo # 320º.- La creación de Inspecciones Municipales de Policía corresponde a los Concejos que determinarán su número, sede y área de jurisdicción. Las Inspecciones que se creen conforme al presente artículo dependen del respectivo Alcalde. Corresponde a dichas inspecciones: (...), d) Ejercer las demás funciones que les deleguen los Alcaldes.

Pese a haber sido mencionado en el punto correspondiente a la definición o concepto de la delegación de funciones, es necesario anotar que la Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 209 la figura de la delegación como uno de los principios mediante los cuales se desarrolla la función administrativa⁴⁷.

Así mismo, en el artículo 211 de la Constitución Política se contemplan los lineamientos específicos para la delegación de funciones a cargo del Presidente de la República, ampliando el campo de posibilidades a todos los funcionarios y entidades de la administración⁴⁸, sujeto a una autorización legal.

En este artículo se establecen los parámetros generales que caracterizan a la delegación de funciones, no sólo como potestad del Presidente de la República, si no como categoría para el ejercicio de la función administrativa en general. Debo destacar que esta disposición es determinante para el presente estudio, en razón a que en ella se consagra lo relacionado con la responsabilidad del delegante por la aplicación de la delegación y la revocabilidad de la misma.

Ahora bien, en vigencia de la Constitución de 1991 han sido expedidas distintas

⁴⁷ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

⁴⁸ “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”

normas donde se desarrolla la figura de la delegación de funciones de acuerdo a lo dispuesto en la Carta, siendo el aspecto más desarrollado lo atinente a la delegación para la contratación administrativa, tópico que ocupará especial atención en este estudio toda vez de él se desprenden casos de interés para determinar la responsabilidad del delegante.

Así en este acápite se mencionarán las disposiciones expedidas con el objeto de establecer un marco general sobre la normatividad referente a la figura de la delegación de funciones administrativas:

- a. En primer lugar, la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia. El artículo 12 de este estatuto estableció los lineamientos de la delegación para contratar, autorizando a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar la celebración de contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en funcionarios que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo dentro de las entidades.

En igual sentido, el numeral décimo del artículo 25 de esta misma ley estableció que en virtud del principio de economía que rige a la contratación de la administración pública los jefes o representantes de las entidades podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el citado artículo 12, estableciendo una sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos.

- b. En el Decreto 679 de marzo 28 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993, encontramos que en su artículo 14 se desarrolló lo establecido en el numeral décimo del artículo 25 del

Estatuto de contratación de la administración pública, estableciendo los actos específicos del proceso de contratación que podrán adjudicar los jefes o representantes legales de las entidades estatales, estipulando las cuantías determinadas para las entidades que no posean órganos directivos, una cuantía especial para el Ministerio de Defensa Nacional y que los delegados no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos objeto de delegación.

El artículo 23 de este decreto establece igualmente que en ningún caso las entidades públicas podrán delegar en sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos de un encargo fiduciario o de una fiducia pública.

- c. El Decreto 679 de 1994 fue modificado parcialmente por el Decreto 1985 también de 1994, el cual en su artículo 1 estableció la cuantía para que los jefes o representantes legales de las entidades estatales que no tengan junta o consejo directivo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 25 numeral 10 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 12 de la Ley 80, el Decreto 1985 de 1995 y el artículo 14 del Decreto 679 de 1994 fueron subrogados por el artículo 37 del Decreto Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995, donde se estableció que: *“Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”*

- d. Ahora bien, siguiendo la regulación actual de la figura de la delegación

en el ordenamiento jurídico colombiano, tenemos que el gran marco regulatorio actual en esta materia es la Ley 489 de 1998, donde se desarrollan los presupuestos consagrado en los artículos 209 y 211 de la Carta Constitucional.

Esta Ley, en sus artículos 9 a 14 contempla el concepto de delegación, los requisitos para la delegación, las prohibiciones para delegar algunas funciones, los actos del delegatario, la delegación de funciones presidenciales y la delegación entre entidades públicas. Así, como se anotó, el artículo 9 establece en qué consiste esta figura en virtud de lo dispuesto en la Constitución, específicamente quienes pueden delegar y deja claro que esta figura existe con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 constitucional y en la misma Ley 489.

El artículo 10 de esta Ley consagra los requisitos de la delegación, puntualmente respecto del acto de la delegación, dejando claro que es necesario que este sea por escrito, que en él se debe determinar la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos que se delegan.

Dentro del artículo 11 encontramos un límite o prohibición legal para la aplicación de la figura de la delegación de funciones, y se contempla que no se podrá delegar la expedición de reglamentos de carácter general, las funciones o atribuciones recibidas en virtud de una delegación y las que por mandato Constitucional o legal no se pueden delegar.

Ahora bien, resulta fundamental para este estudio lo consagrado en el artículo 12 de la Ley 489 respecto del régimen de los actos del

delegatario, ya que además de establecer los requisitos a los que se encuentran sometidos se incorpora la cláusula de exclusión de responsabilidad para el delegante, así como la posibilidad de reasumir la función delegada incorporada en el artículo 211 constitucional. También es de vital importancia lo plasmado en el párrafo de este artículo 12, toda vez que en él se consagra lo relacionado con la responsabilidad por la delegación del acto de firma en materia de contratación estatal, aspecto que será estudiado más adelante en forma detallada.

El artículo 13 estipula la delegación de funciones presidenciales, dejando claro cuáles funciones pueden ser delegadas y a que funcionarios puede delegar el presidente de la República las funciones consagradas en el artículo 189 de la Constitución. Sobre la delegación entre entidades públicas el artículo 14 de esta Ley establece que la misma: *“deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria”*

- e. Por último, en el 2007 fue expedida la Ley 1150, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, y mediante el artículo 21 de esta Ley se modificó el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, el cual versa sobre la delegación para contratar, pieza fundamental de este estudio por lo establecido en cuanto a la responsabilidad del delegante. También, esta ley incluyó aspectos relacionados con la desconcentración de funciones y adicionó un segundo inciso al artículo 12 de la Ley 80 donde se consagra que en ningún caso los jefes o representantes legales de las entidades estatales quedaran exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual por virtud de la delegación.

En ese orden de ideas se encuentra planteada la normatividad que desarrolla la figura de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual a continuación se desarrollarán las características que componen esta categoría del derecho administrativo a la luz de la jurisprudencia y la doctrina.

De esta manera, se puede concluir que la legislación ha evolucionado paulatinamente desde una exención casi absoluta de responsabilidad del delegante hasta la configuración de cada vez más excepciones a esta regla en las últimas normas, en especial en la ley 1150 de 2007. No era entonces la finalidad del constituyente ni del legislador inicialmente que el delegante pudiera llegar a tener una responsabilidad amplia, por el contrario, la intención inicial era establecer la imputación de responsabilidad como una excepción, situación que ha venido cambiando por la utilización de esta figura para la comisión de actos de corrupción.

4. Características de la delegación.

4.1. Finalidad.

Tal y como se ha venido estudiando la delegación de funciones, además de ser uno de los *principios organizacionales*⁴⁹ para el desarrollo de la función administrativa, es una categoría del derecho administrativo que se entiende como la posibilidad que le concede la Constitución y la ley a los funcionarios públicos, desde el Presidente de la República, para que trasladen las competencias que se encuentran a su cargo, o que le corresponden a la entidad

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

pública que dirigen, a otro funcionario o entidad que tenga funciones afines o complementarias, cumpliendo con una serie de condiciones y requisitos.

En este entendido, es posible afirmar que está concebida para dar al desarrollo de la administración una herramienta ágil que permita lograr el cumplimiento de los fines del Estado y la consecución de las políticas públicas, por lo cual Lamprea Rodríguez considera que: *“(...) Su finalidad es el ejercicio de la función administrativa, según razones de interés general.”*⁵⁰

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, que en sentencia C-561 de 1999 sostuvo que la finalidad de la delegación es: *“(...) descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.”*⁵¹

Este mismo tribunal mediante sentencia C-372 de 2002 consideró que la delegación: *“es un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado”*⁵²

De acuerdo a estos planteamientos, la delegación tiene como finalidad principal la consecución del interés general, puesto que es una herramienta que permite el desarrollo ágil de la función administrativa, facilitando la gestión de los

⁵⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. Contratos Estatales, Temis. Bogotá, 2007. Pág. 165.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

funcionarios públicos en la consecución de los fines del Estado.

No puede entonces afirmarse que la delegación tenga su fundamento en la excusa de responsabilidad ni en la negligencia de los directores de la administración pública, por el contrario, su finalidad es maximizar la eficiencia del Estado y por ello debe ser salvaguardada su existencia y aplicación.

4.2. Objeto.

En cuanto al objeto de la delegación de funciones es necesario anotar que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en sostener que el objeto de la misma es la competencia que se transfiere, toda vez que el titular de la competencia delegada sigue siendo el que la ley o la Constitución han determinado⁵³.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, se refirió al objeto de la delegación y señaló que la misma recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo⁵⁴. Por lo cual si se tiene en cuenta que: *“La delegación es 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*

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “(...) no basta que la Constitución o la ley autoricen a un servidor público la delegación de sus funciones, para que ello se dé; la posibilidad de transferir su competencia – no la titularidad de la función - en algún campo, se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo, a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica.”

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño: “b) El objeto de la delegación. La delegación recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo. La Constitución lo postula y el legislador así lo ha consagrado en diferentes oportunidades. Igualmente la Corte se ha pronunciado sobre la competencia, como objeto de la delegación.”

*respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley*⁵⁵; se entiende que el objeto de esta figura es la competencia que ostenta el funcionario que ocupa el cargo, ya que ese cargo presenta unas funciones expresamente consagradas en la ley o en un reglamento determinado.

4.3. Requisitos y elementos.

Como se enunció anteriormente, la Ley 489 de 1998 establece cuáles son los requisitos para que opere la figura de la delegación de funciones en materia administrativa, pero del desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia han realizado de estos requisitos se desprenden los elementos que componen esta categoría del derecho administrativo. Así, en primer lugar se expondrá lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido como requisitos para que proceda la delegación, y luego se analizarán sus elementos.

En ese orden de ideas, según el doctrinante Gustavo Humberto Rodríguez, citado por Diego Younes Moreno, para que proceda la delegación se requiere: *“a) la autorización legal previa; b) la determinación de la materia delegable; c) el traslado de la responsabilidad del superior que delega al subalterno que la recibe, y d) la capacidad para revocar la delegación.”*⁵⁶

En igual sentido, Lamprea Rodríguez plantea que la delegación se caracteriza porque: *“La atribución de la función debe preverse en disposición legal; El traspaso es hecho por el titular de la función; El delegante puede, en todo momento, reasumir la*

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

⁵⁶ YOUNES MORENO, D. Curso de derecho administrativo. Temis. Bogotá, 2007. Pág. 24.

competencia delegada."⁵⁷

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-561 de 1999, determinó que los elementos constitutivos de la delegación son: *La transferencia de funciones de un órgano a otro, la transferencia realizada por el órgano titular de la función, la existencia previa de autorización legal y el que órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia*"⁵⁸.

También sobre este aspecto, la sentencia C-802 de 2006 de la Corte Constitucional señala que: *"La delegación así entendida, involucra (i) la transferencia del ejercicio de funciones de su titular a otra autoridad u órgano; (ii) la existencia previa de autorización legal o constitucional para el efecto y (iii) la potestad del titular de la función*^{59[27]} *de reasumir sus competencias en cualquier momento.*^{60[28]"}⁶¹

Por su parte, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia de 21 de noviembre de 2003 sostuvo que: *"la delegación administrativa se caracteriza por i) la entrega transitoria de funciones que son propios del órgano o funcionario delegante, ii) la posibilidad de revocarse en cualquier momento y de asumir la competencia o funciones por parte del titular de la atribución, y iii) la existencia de autorización legal previa al acto"*⁶²

⁵⁷ LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. Contratos Estatales, Temis. Bogotá, 2007. Pág. 165.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

^{59[27]} La titularidad de la función no se pierde por parte del delegante. Sólo se trasfiere su ejercicio. Así, conforme con el artículo 122, no hay empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o en reglamento.

^{60[28]} Ver entre otras, la Sentencia C-036 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto), C-496 de 1998; C-561 de 1999 y C-727 de 2000 (Vladimiro Naranjo Mesa). En la sentencia C-372 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño, se hicieron observaciones generales sobre los elementos de la delegación administrativa (211 C.P), en lo concerniente finalidad, objeto, elementos, discrecionalidad, delegante, acto de delegación y subordinación del delegatario, etc.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 21 de noviembre de

Pero el hito jurisprudencial en cuanto a los elementos de la delegación de funciones lo encontramos en la sentencia C-372 de la Corte Constitucional, por lo cual a continuación se analizará, de acuerdo a la doctrina y demás jurisprudencias, lo planteado por la Corte sobre este aspecto.

4.3.1. La autorización para delegar.

La figura de la delegación podrá ser empleada siempre y cuando exista una autorización previa para su realización. En este sentido, es necesario que exista una habilitación legal o reglamentaria que permita delegar la función administrativa que se pretende.

La Corte Constitucional en sentencia C-382 de 2000 sostuvo sobre la autorización para delegar que: *“Corresponde al legislador determinar tanto las funciones que pueden ser delegadas como los órganos que pueden ser receptores de las funciones delegadas, así como las condiciones bajo las cuales puede llevarse a cabo la delegación.”*⁶³

Así, se entiende que: *“Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados. Para la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Carta Política establece que la ley señalará las funciones que el presidente de la república podrá delegar en los funcionarios que señala el artículo. Esta norma dice también que las autoridades administrativas podrán ser delegantes, en las condiciones que fije la ley.”*⁶⁴⁶⁵

2003. Expediente No. 00548. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁴ Sobre este aspecto de la delegación, en la sentencia T-705 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se afirma que el mecanismo de la “la delegación de funciones en otras autoridades o en los subordinados

En el mismo sentido, en sentencia C-1060 de 2003 la Corte consideró que: *“La figura de la delegación, constituye una modalidad de transferencia de funciones administrativas, establecida por la Constitución como uno de los mecanismos de organización del ejercicio de la función administrativa, en cuya virtud y, en los casos y supuestos permitidos por la ley, se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.”*⁶⁶

De lo que se puede concluir, que la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que la delegación requiere una autorización expresa, es decir que quien delega tiene que estar expresamente facultado para hacerlo.

4.3.2. Improcedencia de la delegación.

Como consecuencia de la necesidad de una autorización legal, tenemos que hay eventos en que la delegación es improcedente, no porque no se encuentre consagrada en la ley la posibilidad para realizarla, sino porque existe una disposición expresa que declara la improcedencia de la misma, tal como lo expresa Molano López⁶⁷.

En este sentido Libardo Rodríguez sostiene que no procede la delegación para

de aquella a la cual fueron atribuidas por la Constitución o las leyes, ciertamente está previsto como válido en el Estatuto Superior, pero siempre sometido a la vigencia de ley previa que expresamente autorice la delegación y establezca los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios; así lo establece con claridad el artículo 211 de la Carta Política.”

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1060 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189: *“No todas las funciones pueden ser objeto de delegación. Conforme al régimen constitucional colombiano, se requiere autorización legal para que una autoridad administrativa pueda hacer el traslado de funciones por este mecanismo. Debe estar autorizada por ley y por la norma que establece la competencia.”*

la “expedición de reglamentos de carácter general; las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación, y las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación”⁶⁸, posición también defendida por Younes Moreno⁶⁹.

Sobre este aspecto la referida sentencia C-372 de 2002 de la Corte Constitucional destaca lo siguiente:

“Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación. Un ejemplo de restricción expresa en materia de delegación se encuentra en la prohibición para que el Vicepresidente de la República asuma funciones de ministro delegatario (C.P., art. 202). También resulta improcedente la delegación para el ejercicio de la actividad o la competencia de la integridad de la investidura presidencial⁷⁰ o cuando la delegación supone transferir aquéllas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que corresponden como jefe superior de la entidad estatal “pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas”⁷¹. ”⁷²

⁶⁸ RESTREPO MEDINA, M. A. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998. Libardo Rodríguez Rodríguez. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2007. Pág. 77 - 83.

⁶⁹ YOUNES MORENO, D. Las Reformas del Estado y de la Administración Pública. Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–. Bogotá, 2008. Pág. 272 - 273.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonel. Así mismo, en la sentencia T-936 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte estima que la función del Procurador General de la Nación consagrada en el artículo 278 numeral 1º de la Constitución Política, es indelegable porque esta competencia “ ii) es exclusiva del Procurador; iii) no existe en la Constitución la autorización para delegarla; iv) aún si quisiera delegarla, ello sería inconstitucional, porque la Carta expresamente dice que es una función que debe ejercer directamente”. Además, en relación con la restricción de la delegación, pueden consultarse las sentencias C-214 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-582 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En cuanto a este elemento Mario Molano López considera que una de las principales características de la delegación es que es una excepción al principio de exclusividad de la competencia o función administrativa autorizado por la ley⁷³.

4.3.3. El delegante.

Un tercer elemento fundamental, que es consecuencia de la necesidad de la existencia previa de una autorización legal para que proceda la delegación, es la titularidad de las funciones del delegante, es decir, de la persona que pretende hacer el traspaso. En este sentido, en la sentencia C-372 de 2002 se expuso que: *“el carácter de delegante está reservado al titular de la atribución o del empleo público”*⁷⁴ concluyendo que *“ninguna autoridad puede “delegar funciones que no tiene”*⁷⁵, es decir, se requiere *“que las funciones delegadas estén asignadas al delegante”*⁷⁶.

Por lo anterior, las funciones deben ser de la competencia de quien pretende delegarlas, puesto que: *“la transferencia de funciones se realiza por el órgano titular*

⁷³ *“Dado que la delegación de funciones administrativas constituye una excepción al principio de exclusividad de la competencia y que las materias delegables son las que para tal efecto autorice la ley, de conformidad con el ordenamiento colombiano, no es posible delegar la expedición de reglamentos o de normas de carácter general.*

Tampoco es posible delegar la función que ha sido conferida por delegación, pues ello diluiría la responsabilidad administrativa y la certeza que demanda el ejercicio de la función administrativa.

Finalmente, no es posible delegar, de conformidad con la ley colombiana, las funciones administrativas que por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación. Existen atribuciones que por naturaleza no son susceptibles de delegación como son las que corresponden a la jefatura de Estado, o las administrativas requeridas para la conformación de otros órganos del Estado, como la elaboración de ternas; o, finalmente, la potestad disciplinaria que poseen los superiores jerárquicos.”

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. Quince (15) de mayo de dos mil dos (2002). Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de la función."⁷⁷

De igual forma, sobre el delegante, es necesario anotar que la delegación, debidamente autorizada por un mandato legal, es una figura de uso discrecional del funcionario, es decir, es decisión de este si la aplica o no, tal como señala la Corte Constitucional⁷⁸.

4.3.4. Del acto administrativo por medio del cual se realiza la delegación.

La expedición del acto administrativo requiere de una serie de requisitos, como su carácter escrito y la determinación de la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos objeto de ella⁷⁹.

Molano López, sostiene que es necesario que la delegación se realice mediante un acto administrativo particular y concreto en el cual se identifique la materia delegable, el titular de la delegación, su duración y la modalidad a través de la cual se realizará⁸⁰. Aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas oportunidades manifestando que dentro de los elementos de la delegación de funciones debe incorporarse el contenido del acto administrativo de delegación. Así, en sentencia C-382 de 2000 sostuvo que: "El

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1060 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño: "Aunque se disponga de la autorización para delegar, al delegante se le garantiza un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no el ejercicio de funciones propias de su empleo o cargo y, en caso de hacerlo, para fijar los parámetros y condiciones que orientarán el ejercicio de la delegación por parte del o de los delegatarios.⁷⁸ En este punto debe considerarse que en aplicación de los artículos 209 y 211 de la Constitución, el delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado."

⁷⁹ RODRÍGUEZ R., L. Derecho administrativo general y colombiano. Temis. Bogotá, 2008. Pág. 63.

⁸⁰ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

traslado de las funciones del titular de la función al órgano delegatario se produce a través de un acto administrativo.”⁸¹

En este sentido, la Corte Concluyó que la delegación exige un acto formal de delegación que exprese: *“la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación”⁸².*

De igual forma, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2000 sostuvo:

“Como se sabe, en materia administrativa la delegación consiste en el traslado de funciones de una autoridad a otra de igual o inferior jerarquía, previa autorización legal para hacerlo, cuya decisión se materializa o concreta en un determinado acto administrativo, en el cual se deben precisar las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (art. 9º de la ley 489 de 1998), para que sean desarrolladas o ejercidas por ese otro funcionario con la autonomía de su titular, aunque, éste último conserva las facultad de reasumir en cualquier momento la función delegada, lo mismo que las de revisar y revocar los actos del delegatario.”⁸³

Ahora bien, adicional a los requisitos exigidos para el acto por medio del cual se realiza la delegación de funciones administrativas, es preciso anotar que de acuerdo a lo expuesto por Mario Molano López: *“La delegación propia es un acto que debe ser notificado personalmente y, consiguientemente, es susceptible de los recursos en sede administrativa, lo que indica que hasta tanto no se encuentre en firme o*

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸² El artículo 10 de la ley 489 de 1998 señala que *“En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren”.*

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 30 de mayo de 2000. Radicación No. AC-9877. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

haya causado estado, no puede comenzar a producir sus efectos.”⁸⁴.

Un aspecto muy importante para esta tesis es que cuando el acto administrativo de delegación no cumpla con las condiciones anteriormente señaladas no podrá extinguirse la responsabilidad del delegante, quien conservará la titularidad de la función y la competencia.

4.3.5. El delegatario.

Este elemento de la delegación de funciones administrativas reviste especial importancia por ser el que recibe la competencia o función delegada, es decir es a quien el delegante traspasa su función. En primer lugar, de acuerdo a lo expuesto por Molano López, dentro de las principales características que componen este elemento encontramos que: *“No cualquier subalterno puede ser delegatario. Se requiere conforme a la legislación colombiana que se trate de funcionarios del nivel directivo o asesor.”⁸⁵*, toda vez que, según el mismo autor la delegación de funciones administrativas entre funcionarios: *“es una relación de jerarquía que diferencia la delegación propia de otras manifestaciones de traslados a discreción del titular, como cuando ésta se hace mediante convenio.”⁸⁶*

La figura del delegatario es desarrollada por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-372 de 2002, pero no destaca como elemento la figura del delegatario, sino la subordinación del delegatario, afirmando, al igual que la doctrina, que debe existir una relación de supremacía jerárquica entre el

⁸⁴ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

⁸⁵ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

⁸⁶ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

delegante y delegatario, esto en desarrollo del segundo inciso del artículo 211 de la Constitución Política.⁸⁷

La necesidad de la existencia de una relación de superior-inferior jerárquico ya había sido expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-936 de 2001, donde se consideró que: *“(...) existe un “consentimiento abstracto” entre la autoridad superior y la delegada, en el sentido de que no es necesario renovar la delegación cada vez que uno de ellos cambia, - ya que la distribución de funciones se hace entre cargos y no entre personas - y se presume que subsiste hasta tanto el superior emita un acto que la revoque(...)”*⁸⁸

Es de anotar que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2003, va mas allá y no solo habla de subordinación entre quien delega y su delegatario, ya que para este tribunal: *“No debe olvidarse que el delegatario, respecto de las funciones que se le delegan, tiene las mismas facultades, limitaciones y restricciones, que tenía el delegante respecto de ellas y que en ningún caso es posible que quien recibe tenga más de lo que tenía quien delegó sus funciones.”*⁸⁹

Ahora bien, pero adicional a la existencia de una relación de subordinación entre

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño: *“(h) Subordinación del delegatario. En relación con el carácter jerárquico de la delegación, el artículo 211 de la Constitución Política señala que la ley “fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades”. Por lo tanto, el delegatario puede ser o no un funcionario subordinado al delegante, aunque, en este caso, por la naturaleza específica de la actividad contractual y por la titularidad de la función en el jefe o representante de la entidad estatal, la delegación se presenta entre superior – inferior jerárquicos*⁸⁷. *En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, para resaltar que la delegación administrativa procede, por principio, cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario, “pues en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega”*⁸⁷.”

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-936 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 6 de febrero de 2003. Expediente No. 27481. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

los funcionarios que intervienen en un acto de delegación de funciones administrativas y el límite para las competencias recibidas por el delegatario, encontramos que para Molano López : *“Las funciones que se autorizan delegar deben ser afines y complementarias de las atribuidas al sujeto delegatario.”*⁹⁰, lo que indica que el delegatario no puede ser un funcionarios ajeno a las competencias que se le delegan.

4.3.6. Actos del delegatario en desarrollo de la delegación.

Dentro de los elementos que componen la delegación, la Corte Constitucional señala que existen unas decisiones que se asumen en la delegación, resaltándolas de la siguiente forma:

*“1ª) la decisión de la autoridad que otorga la calidad de delegante a una autoridad administrativa y que señala las materias en las cuales podrá darse la delegación; 2ª) la decisión de delegar que toma el delegante, la cual se concreta en el acto de delegación, y 3ª) las decisiones que toma el delegatario en ejercicio de la delegación, las cuales a su vez se expresan en actos o resoluciones.”*⁹¹

De esta postura jurisprudencial se entiende que existen dos grandes clases de decisiones: las que versan sobre el delegante y las que se refieren a los actos del delegatario. Dentro de las que tienen que ver con el delegante encontramos la que se ocupa de la decisión de delegar una función administrativa, es decir la voluntad de trasladar una determinada función y el acto de delegación como tal.

En cuanto a los actos del delegatario se refiere, se entiende que existe un régimen

⁹⁰ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

con distintas implicaciones, tales como el alcance y los límites de los mismos y la responsabilidad que se deriva de ellos que serán los mismos del acto del delegante⁹². En este sentido, la Corte Constitucional considera que el delegatario toma decisiones de dos tipos: unas las relacionadas con su propio empleo y otras con las funciones delegadas, frente a las cuales se aplica el mismo régimen de las actuaciones del delegante⁹³, posición que acoge desde la doctrina el profesor Libardo Rodríguez⁹⁴.

4.3.7. El vínculo que surge entre el delegante y el delegatario.

La Corte Constitucional señala la existencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario el cual es producto de la delegación de funciones administrativas que desarrolla el principio de unidad administrativa. Este vínculo se funda en que el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación⁹⁵.

⁹² YOUNES MORENO, D. Las Reformas del Estado y de la Administración Pública. Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–. Bogotá, 2008. Pág. 272 – 273: “*Los actos expedidos por las autoridades delegatarias están sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*”

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “*i) Decisiones del delegatario. El delegatario toma dos tipos de decisiones: unas, para el cumplimiento de las funciones del empleo del cual es titular, y otras, en ejercicio de la competencia delegada, para el cumplimiento de las correspondientes funciones del empleo del delegante. En estricto sentido, es frente a estas últimas que se actúa en calidad de delegatario pues en el primer evento él no es delegatario si no el titular de su empleo. Además, las decisiones que toma en calidad de delegatario tienen el mismo nivel y la misma fuerza vinculante como si la decisión hubiese sido tomada por el delegante y, se asume, “que el delegado es el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función*”

⁹⁴ RESTREPO MEDINA, M. A. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998. Libardo Rodríguez Rodríguez. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2007. Pág. 77 - 83.

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño: “*l) El vínculo delegante – delegatario. Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación (C.P., art. 211).*”⁹⁵ Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que

Este aspecto resulta fundamental en materia de responsabilidad derivada de la delegación de funciones administrativas de acuerdo a lo expuesto en el artículo 211 de la Constitución, en el sentido de que la delegación exime de responsabilidad al delegante.

4.4. Descentralización, desconcentración y delegación.

La primera referencia que se debe hacer sobre estas figuras es que se encuentran consagradas en el artículo 209 de la Constitución Política como principios organizacionales para el ejercicio de la función administrativa, tal y como se indicó al analizar el concepto de delegación de funciones y su dimensión como principio organizacional de la función administrativa. También, es de anotar que legalmente se encuentran desarrolladas en la Ley 489 de 1998.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la ley, es preciso, previo a establecer las diferencias entre estas figuras del derecho administrativo, anotar su definición. Para Roberto Dromi la descentralización administrativa: *“Tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y por cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo.”*⁹⁶

Así mismo, el citado autor, al referirse a la desconcentración, sostiene que: *“Hay desconcentración cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización de una entidad pública. (...). El*

hace referencia el artículo 209 de la Carta y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal.”

⁹⁶ DROMI, R. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura – Hispania Libros Madrid – México. Buenos Aires – Madrid – México. 2009. Pág.: 687.

órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propios y está jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo; (...).”⁹⁷

Ahora bien, jurisprudencialmente encontramos que el primer hito sobre la materia es la sentencia C-496 de 1998, en la cual la Corte Constitucional además de definir el objeto de la descentralización⁹⁸ y las características de la desconcentración⁹⁹, se ocupó de establecer las diferencias¹⁰⁰ entre delegación y

⁹⁷ DROMI, R. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura – Hispania Libros Madrid – México. Buenos Aires – Madrid – México. 2009. Pág.: 687.

⁹⁸ *“La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas.”* Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁹ *“La desconcentración así concebida, presenta estas características:*

“1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.

“2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.

“3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro.

“4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.” Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁰ *“La delegación y la desconcentración, por su parte, atienden más a la transferencia de funciones radicadas en cabeza de los órganos administrativos superiores a instituciones u organismos dependientes de ellos, sin que el titular original de esas atribuciones pierda el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones. Por eso, se señala que estas dos fórmulas organizacionales constituyen, en principio, variantes del ejercicio centralizado de la función administrativa.*

Los conceptos de desconcentración y delegación han sido definidos de distintas formas por la doctrina. Asimismo, han existido distintos entendimientos acerca de la relación entre ellos. La Constitución de 1991 ha previsto expresamente la existencia de estos dos mecanismos de desarrollo de la función administrativa, si bien con intensidad diferente. Es así como la figura de la delegación es mencionada, de manera general, en el artículo 209, y, en relación con las funciones del Presidente, en los artículos 211, 196, inciso 4, y 305, numeral 14. Cosa distinta ocurre con la desconcentración a la que únicamente se alude en el artículo 209 de la Constitución. Con todo, la jurisprudencia de la Corte se ha referido a este principio en distintas ocasiones y ha señalado con claridad que se aplica también al ejercicio de funciones presidenciales. Ejemplo de ello es la sentencia C-397 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, en la cual se sostuvo:

“Se trata de organismos en los que se realiza la desconcentración funcional, en cuya virtud se cumplen atribuciones señaladas por la Carta en cabeza del Presidente de la República pero que éste no adelanta

desconcentración.

En este sentido, la Corte ha expuesto que la desconcentración es una variante de la centralización y que implica la *“transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa”*¹⁰¹, mientras que la delegación implica la transferencia de funciones administrativas realizada por la autoridad titular de las mismas¹⁰².

La sentencia C-561 de 1999 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, realiza un recuento de los conceptos¹⁰³

de manera personal y directa por absoluta imposibilidad física, por lo cual están a cargo, en concreto, de las superintendencias, dentro del ámbito que señale la ley”. Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: *“La desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa.*

(...).

“El otro mecanismo, lo determina la Delegación. La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

(...).

Para el objeto de esta sentencia es importante resaltar que la desconcentración de funciones se hace y deshace por medio de la ley, mientras que la delegación es realizada y revocada por la autoridad administrativa a la que se ha confiado originalmente la atribución.”

¹⁰³ *“Vistas así las cosas, previamente, a entrar en el estudio concreto de los cargos de la demanda y, sin pretender realizar un estudio de fondo, se hará un breve recuento de lo que en la doctrina y la jurisprudencia se ha explicado sobre los conceptos de descentralización, delegación y desconcentración.*

Ante todo, ha de precisarse por la Corte que, en el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas.

Siguiendo este derrotero, la jurisprudencia de esta Corporación, señaló respecto del concepto de descentralización, que se trata de “...un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera

expuestos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la descentralización, delegación y desconcentración, para luego exponer las diferencias entre la delegación y la desconcentración, aspecto sobre el cual considera que mientras la desconcentración se realiza en virtud de la ley, la delegación se presenta por la decisión de la autoridad titular de la atribución¹⁰⁴.

De igual manera, éste tribunal en sentencia C-727 de 2000, en la cual realizó el estudio de distintas normas de la ley 489 de 1998, expone conceptos generales sobre las figuras de la descentralización, la desconcentración y la delegación, pero para el tema que nos ocupa conviene destacar que distingue¹⁰⁵ la

que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas”. Sent. C-496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los otros mecanismos idóneos, para la transferencia de funciones, son la desconcentración y la delegación.

La desconcentración, hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

La jurisprudencia de esta Corporación, se ha referido a este concepto de desconcentración, en los siguientes términos: “La desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa.” En Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra: “Para los efectos de la presente sentencia, es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución.

De igual manera, es importante destacar, que bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.

Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa, como acontece con los artículos 8 y 12 de la propia Ley 489 de 1998.”

¹⁰⁵“19. En cuanto al cargo de violación del principio de unidad de materia al que se refiere el artículo 158 superior, que se produciría, según el actor, por la confusión entre las diversas figuras administrativas que se pretenden regular en una misma disposición, la Corte tampoco encuentra que esté

delegación impropia de la desconcentración sosteniendo que estas figuras no se confunden en razón a que la delegación impropia consiste en la delegación entre entidades territoriales mediante un convenio en el cual se especifica la competencia que se pretende delegar, el delegante y el delegatario.

Ahora bien, en sentencia C-036 de 2005 con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, esta corporación plantea que: *“(…), la diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior.”*¹⁰⁶

En la sentencia C-805 de 2006, se consideró que si bien con la delegación y la desconcentración se cumplen las mismas finalidades, ya que mediante las dos figuras se trasladan funciones, estas presentan diferencias, y no sólo por el

llamado a prosperar toda vez que no aprecia que se presente la confusión que alega el demandante. A juicio de la Corporación, el artículo 14 bajo examen se refiere exclusivamente al mecanismo de la delegación entre entidades públicas, que, como se dijo, cuando opera respecto de entes territoriales puede ser considerado como una delegación impropia, y que en ningún caso fue proscrita por el constituyente, ni se confunde con la desconcentración. Y las referencias de la disposición a la necesidad de celebrar en ciertos casos convenios que regulen la respectiva delegación, tampoco desnaturaliza la figura de la delegación interinstitucional que regula la norma, como se verá más adelante. Tal convenio, cuando es requerido, si es temporal se erige en una garantía de la autonomía de las entidades funcional o territorialmente descentralizadas, y no se opone a la existencia de una delegación, siempre y cuando estén presentes los demás elementos que, según la Constitución, definen este mecanismo de transferencia de funciones, a saber: previa autorización legal, fijación también legal de las condiciones bajo las que operará la delegación, asunción de la responsabilidad por parte del delegatario y facultad del delegante para reasumir la competencia.” Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

sujeto activo de las mismas, si no por el régimen de los recursos jurídicos de los que son susceptibles los actos que se expiden en virtud de ellas. Esto en razón a que en materia de la desconcentración solo procede la reposición y en materia de la delegación, caben los mismos recursos que proceden frente a los actos de la autoridad delegante¹⁰⁷.

Así las cosas, para concluir conviene remitirse a lo expuesto por Roberto Dromi al explicar las diferencias existentes entre la desconcentración, descentralización y delegación:

“La desconcentración a diferencia de la descentralización, tiene lugar entre órganos de un mismo ente. Se diferencian ambas figuras, además, en lo concerniente al vínculo que une al órgano con el Poder Ejecutivo. En la desconcentración ese vínculo se denomina poder jerárquico. En la descentralización se denomina control administrativo, o poder jerárquico institucional, que otorga limitados poderes de control y de dirección sobre el ente personalizado y que comprende sólo facultades de supervisión”¹⁰⁸.

El mismo autor en cuanto a la desconcentración y descentralización sostiene lo siguiente: *“a) La descentralización tiene su origen en la ley (art. 5º, a, ley 25.152), la desconcentración tiene su origen en la ley o el decreto, según los casos; mientras que la*

¹⁰⁷“En este punto, podría argumentarse que mediante la desconcentración (plasmada en la ley que crea un organismo) o mediante la delegación (a través de acto del Presidente que traslada a un órgano o autoridad superior una potestad) se cumplen las mismas finalidades pues en ambos casos se trasladan competencias o el ejercicio de éstas.

Al respecto, la Corte considera pertinente reiterar las orientaciones formuladas con respecto a la Ley 489 de 1998 que desarrolla los Artículos 209 y 211 de la Constitución Política y dispone que la desconcentración y la delegación, se diferencian no solo por razón del sujeto activo de la misma (legislador o autoridad administrativa competente) sino en cuanto al régimen de recursos contra los actos que se expidan y las posibilidades recuperación del pleno ejercicio de las competencias. En efecto mientras que contra los actos de las autoridades “desconcentradas” solo procede el recurso de reposición (Artículo 8º de la Ley 489 de 1998), contra los actos de las autoridades “delegadas” proceden los que son pertinentes frente a los actos de la autoridad delegante (Artículo 12 Ley 489 de 1998)^{107[10]} En Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁰⁸ DROMI, R. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura – Hispania Libros Madrid – México. Buenos Aires – Madrid – México. 2009. Pág.: 687-688.

delegación se origina en un acto administrativo fundado en la ley.

b) En la descentralización y en la desconcentración hay una atribución de competencias al inferior. En la delegación hay solo una transferencia total o parcial del ejercicio de la competencia, que sigue perteneciendo al superior. Por lo tanto, éste puede retomar su ejercicio para ejercerlo por si o transferirla a otro órgano, supuesto que es inadmisibile en la desconcentración y descentralización.”¹⁰⁹

Ahora bien, teniendo claro estas diferencias, es preciso anotar que aparecen distintas interpretaciones o tendencias sobre la relación que existe entre la desconcentración y la delegación, ya que de acuerdo a lo sostenido por algunos autores en Colombia estas dos figuras se confunden o tienen los mismos propósitos. Así, el maestro Vidal Perdomo al analizar lo consagrado por la ley 489 considera que: *“La delegación se contempla por el artículo 9° de la ley como la transferencia por acto de funciones de una autoridad a sus colaboradores o a otras, con funciones afines o complementarias. O sea, los propósitos mismos de la desconcentración y a veces de la descentralización; pero es una noción que mira más al instrumento que al resultado, que ya está delimitado en las dos alternativas planteadas”¹¹⁰*

La misma tesis fue acogida durante algunas ediciones de su libro por Libardo Rodríguez, pero en su más reciente publicación sostiene que la delegación no es una de las modalidades de desconcentración aunque ambos fenómenos busquen la atenuación de la centralización.¹¹¹

¹⁰⁹ DROMI, R. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura – Hispania Libros Madrid – México. Buenos Aires – Madrid – México. 2009. Pág.: 687-688.

¹¹⁰ VIDAL PERDOMO, J. Derecho administrativo. Legis. Bogotá, 2008. Pág. 282.

¹¹¹ RODRÍGUEZ R., L. Derecho administrativo general y colombiano. Temis. Bogotá, 2008. Págs. 62-63: *“A pesar de que en anteriores ediciones de esta obra, partiendo del concepto amplio ya expresado, según el cual la desconcentración es el instrumento utilizado por el Estado para descongestionar los despacho*

En ese orden de ideas, pese a lo expuesto por el maestro Vidal Perdomo, es claro que la desconcentración y la delegación son figuras con características distintas, que de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional¹¹², por tener la misma finalidad constitucional de principio organizacional de la función administrativa, no se excluyen entre sí.

4.5. De las clases de delegación administrativa.

En el ordenamiento jurídico colombiano es posible hablar de distintas clases de delegación. Así, existen clases de delegación de acuerdo a su origen, de acuerdo a la función que se delegue y de acuerdo al funcionario al que se realice la delegación o entre quien se realice.

En ese orden de ideas, se expondrán las principales de estas clases, anunciando de desde ya que lo que tiene que ver con la delegación de la función de la contratación pública es el objeto de un acápite especial, toda vez que esta figura juega un rol fundamental en el problema jurídico que en este trabajo se plantea.

4.5.1. Clasificación de acuerdo al origen.

públicos con el fin de evitar la excesiva concentración de poder y con el apoyo de la jurisprudencia¹¹¹, considerábamos la delegación como una de las modalidades de desconcentración, frente a los términos expresos de los artículos 209 y 211 de la Constitución Política y 8° y 9° de la ley 489 de 1998, debemos diferenciar los dos fenómenos, aunque ratificando que, al igual que la desconcentración, la delegación es apenas una atenuación de la centralización pues, por intermedio de ella, las autoridades conservan el monopolio de su poder.”

¹¹² *“La posibilidad de delegación de funciones presidenciales que señale la ley, vista como un mecanismo del Estado, al cual puede acudir legítimamente el Presidente, se justifica en términos de eficacia y celeridad que propenden por el adecuado desarrollo de la función administrativa. Además, observa la Corte, que la delegación y desconcentración de funciones no se excluyen, por cuanto, como se dijo, el fin de estos dos mecanismos es el mismo : descongestionar los órganos superiores de la administración, para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos.”* Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Dentro de esta clasificación se encuentran los dos grandes grupos en que se pueden concentrar los tipos de delegación, la de origen Constitucional y la de origen Legal.

4.5.1.1. Constitucional.

Esta distinción indica que la delegación en nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento en la Constitución Política, ya que la carta consagra los lineamientos generales de la figura. Sobre este tipo de delegación el profesor Gustavo Penagos considera que la misma se funda en el inciso cuarto del artículo 196 y en el artículo 211 de la Constitución.¹¹³.

De acuerdo a lo anterior, la delegación es una figura de orden constitucional que comprende una modalidad respecto de las funciones presidenciales en especial y una modalidad para las funciones administrativas, la cual implica el objeto de este estudio, y ha sido definida desde el primer punto de este Capítulo.

4.5.1.2. Legal.

¹¹³ PENAGOS, G. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá, 2004. Pág. 400: “- La delegación constitucional encuentra fundamento en la Constitución, por ejemplo la contemplada en el artículo 196, inciso 4º, la que hace el presidente de la República, en el ministerio, según el orden de precedencia legal.

- También existe la delegación de funciones administrativas comunes en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes de entidades descentralizadas, superintendencias, gobernadores, etc., conforme lo dispone el artículo 211 de la Constitución.

La primera clase de delegación, es decir la que hace el presidente de la República, en el respectivo ministro, se refiere a las funciones presidenciales. La segunda se refiere a la delegación administrativa, y corresponde a la ley señalar las materias que pueden ser objeto de delegación.”.

Este tipo de delegación indica que esta figura tiene varias expresiones que tienen origen en la ley. Como ya se anotó, la ley 489 de 1998 en sus artículos 9 a 14 consagra el régimen legal de aplicación de la delegación de funciones administrativas. Siguiendo al profesor Penagos¹¹⁴, es posible afirmar que dentro de esta categoría se pueden agrupar la delegación inter-orgánica¹¹⁵ (también conocida como delegación propia), la delegación entre entes públicos o delegación impropia, la delegación externa¹¹⁶, la delegación interna¹¹⁷ y la delegación de firma.

De igual forma, es de anotar que la delegación para contratar, la más representativa de las delegaciones de acuerdo a la función que se delegue, la clasificación de la delegación de acuerdo a la función que se delegue o entre quien se realiza, así como de acuerdo al funcionario en el que se delega, también son de origen legal. Vale la pena entonces establecer lo que se entiende

¹¹⁴ PENAGOS, G. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá, 2004. Pág. 400-401.

¹¹⁵ “a) *Delegación inter-orgánica*

La delegación inter-orgánica es dentro del mismo órgano, por ejemplo. El artículo 9º, inciso 2 de la ley 489 de 1998, autoriza la delegación “en los empleados públicos de los niveles directivos y asesor vinculados al organismo correspondiente”.

En el mismo sentido de delegación inter-orgánica la ley 80 de 1993, en el artículo 12, autoriza la delegación en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.” En PENAGOS, G. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá, 2004. Pág. 400.

¹¹⁶ “c) *Delegación externa*

La delegación externa se refiere a entidades diferentes del delegante, por ejemplo, presidente de la República en un gobernador, conforme lo estipula el art. 13 de la ley 489 de 1998.” En PENAGOS, G. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá, 2004. Pág. 402.

¹¹⁷ “d) *Delegación interna*

La doctrina considera que la verdadera delegación del ejercicio de las competencias es la externa, es decir, la realizada en entidades diferentes al delegante; pero la ley 489 de 1998, en el artículo 9º, inciso 2, permite la delegación “en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente.” En Penagos, Gustavo. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA, Bogotá, 2004. Pág. 402.

por delegación propia y delegación impropia.

4.5.1.3. Delegación propia y delegación impropia.

De acuerdo a lo consagrado en la Ley 489 existen dos modalidades de delegación, que son la delegación propiamente dicha o delegación propia y la delegación impropia: la primera *“se origina en la voluntad exclusiva del superior delegante y recae sobre otro empleado público en particular”*¹¹⁸, mientras que la segunda se presenta a favor de entidades descentralizadas o territoriales¹¹⁹.

Ahora bien, Molano López al analizar este aspecto considera que: *“La delegación admite, por consiguiente, dos categorías a saber: la delegación entre funcionarios con relación jerárquica y la delegación entre entidades descentralizadas”*, la primera corresponde a la delegación propia y la segunda a la impropia¹²⁰.

En ese orden de ideas, como a lo largo de este capítulo se ha expuesto lo

¹¹⁸ RESTREPO MEDINA, M. A. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998. Libardo Rodríguez Rodríguez. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2007. Pág. 77 - 83.

¹¹⁹ RESTREPO MEDINA, M. A. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998. Libardo Rodríguez Rodríguez. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2007. Pág. 77 – 83: *“Las entidades y organismos administrativos del orden nacional podrán delegar sus funciones a favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales, caso en el cual deberán celebrarse convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria, los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada, dentro del marco de las disposiciones presupuestales y de planificación, y el funcionario que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas. Estos convenios sólo estarán sujetos a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos (artículo 14). En este caso, como el delegatario no es un colaborador del delegante, es decir, no se encuentra bajo su subordinación, la delegación no se concreta en un acto administrativo unilateral y no recae sobre un servidor público en particular, sino sobre una entidad descentralizada, por lo cual podrá hablarse de delegación impropia, para diferenciarla de la delegación propiamente dicha, que es la que se origina en la voluntad exclusiva del superior delegante y recae sobre otro empleado público en particular.”*

¹²⁰ MOLANO LÓPEZ, M. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

pertinente a la delegación propia, sus elementos y características, a continuación se expondrán los principales rasgos que caracterizan a la delegación impropia o delegación entre entidades estatales.

4.5.1.4. Delegación impropia o delegación entre entidades públicas.

Como se anotó en el acápite correspondiente a la normatividad vigente en materia de delegación en el ordenamiento jurídico colombiano, la delegación entre entidades públicas o delegación impropia se encuentra consagrada en el artículo 14 de la ley 489 de 1998, el cual exige para este tipo de delegación la celebración de un convenio en el que se fijen los derechos y obligaciones de la entidad delegante y la entidad delegataria, el cual estará sujeto a lo dispuesto en la ley para los convenios entre entidades públicas.

Mario Roberto Molano López al realizar un estudio de esta figura y de lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 489 sostiene que:

“La teoría general de la delegación dice que esta obra entre órganos de un mismo ente o persona jurídica estatal. Sin embargo, la ley colombiana prevé la delegación entre personas jurídicas, en una modalidad de transferencia de funciones administrativas que consiste en el traslado de funciones entre entidades públicas dotadas de personalidad jurídica.”¹²¹

En el mismo sentido, sobre el artículo 14 de la ley 489 de 1998 Younes Moreno considera que: *“La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o*

¹²¹ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

entidades territoriales debe acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

Estos convenios están sujetos únicamente a los requisitos que la Ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos. (Art. 14)”¹²²

Este artículo ha sido analizado por la Corte Constitucional en distintas oportunidades, siendo la sentencia C-727 de 2000, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, el hito jurisprudencial sobre este aspecto. En esta sentencia, la Corte consideró que la delegación impropia es precisamente la que se realiza respecto de entidades descentralizadas territorialmente o por servicios y que si bien no es la regla general, no es inconstitucional.¹²³

En la misma providencia, la Corte Constitucional se ocupa de diferenciar la delegación impropia de la desconcentración de funciones y de establecer los requisitos necesarios para la aplicación de la figura de la delegación entre entidades públicas, la cual exige: *“en ciertos casos la celebración de un convenio que regulen la respectiva delegación que estará en todo caso sometida a los principios generales de la delegación, es decir, previa autorización legal, fijación también legal de*

¹²² YOUNES MORENO, D. Las Reformas del Estado y de la Administración Pública. Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–. Bogotá, 2008. Pág. 274 – 275.

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa: *“18. Nuevamente el actor estructura el cargo de violación constitucional a partir del argumento según el cual la delegación se predica respecto de las funciones de un cargo y, por lo tanto, no puede recaer sobre entidades u organismos públicos. Como este aserto, según se indicó arriba, no emana de la Constitución sino que, antes bien, ella señala que la ley fijará las condiciones para que pueda operar la delegación, y la jurisprudencia ha encontrado que esta figura también puede darse en relación con funciones propias de las entidades u organismos administrativos, no es posible derivar del argumento del actor la inexequibilidad de la disposición bajo examen, aunque la Corte admite que esta forma de delegación, cuando se refiere a entidades descentralizadas, ya sea territorialmente o por servicios, no corresponde al principio general y puede considerarse como impropia, aunque no por ello inconstitucional.”*

las condiciones bajo las que operará la delegación, asunción de la responsabilidad por parte del delegatario y facultad del delegante para reasumir la competencia.”¹²⁴

Es de destacar que mediante esta sentencia C-727 de 2000, la Corte declaró inexecutable el párrafo dispuesto por el legislador en el artículo 14 de la Ley 489 y la exequibilidad condicionada del resto del artículo, toda vez que según las consideraciones¹²⁵ expuestas la exigencia de llevar a cabo un convenio entre

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹²⁵ “20. En relación con el párrafo del artículo 14, la Corte aprecia que regula dos situaciones diferentes: (i), la delegación de funciones o servicios por parte de entidades nacionales a entidades territoriales que cumplen funciones o servicios complementarios de los que competen a la delegante, y (ii), la misma delegación cuando la entidad delegataria no cumple con funciones o servicios que presenten esta complementariedad. En el primer caso, la delegación “procederá sin requisitos adicionales”, es decir sin la suscripción del convenio en el que se fijen los derechos y obligaciones de ambas partes, al cual se refiere el inciso primero de la disposición. En el segundo caso, tal convenio sí es requerido y se deben proveer “los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada”.

21. A juicio de la Corte, la exigencia de llevar a cabo un convenio entre delegante y delegataria, en todos aquellos casos de delegación de funciones de organismos o entidades del orden nacional a favor de entidades territoriales, no puede admitir excepciones. Ello por cuanto dicha delegación, si se lleva a cabo unilateralmente por el organismo nacional, vulnera de manera flagrante la autonomía de la entidad territorial, a quien no compete constitucionalmente llevar a cabo las funciones y competencias delegadas. La Carta es cuidadosa en la defensa de esta autonomía y por ello, para el reparto definitivo de competencias entre la nación y las entidades territoriales, ha diseñado mecanismos rigurosos, a través de trámites legislativos exigentes, como los propios de las leyes orgánicas.

Dicha autonomía, sin embargo, se ve salvaguardada en el evento de delegación, si el traslado de competencias, previamente autorizado por el legislador, resulta ser aceptado por la entidad territorial delegataria mediante la suscripción de un acuerdo, como lo dispone el inciso primero de la disposición sub examine. Sin embargo, el párrafo de la misma, al permitir que para la delegación de funciones afines a las que cumple la entidad delegataria no se requiera de tal convenio, impide el ejercicio legítimo de la autonomía de las entidades territoriales.

Adicionalmente, la disposición no define la manera de establecer la complementariedad o similitud de las funciones de las entidades comprometidas en la delegación, ni la autoridad competente para ello, por lo cual el concepto resulta impreciso y vago, comprometiendo aun más la autonomía territorial. Por ello, la Corte estima que el mencionado párrafo debe ser retirado del ordenamiento. Una vez pronunciada la referida inexecutable, conforme con lo dispuesto por el inciso primero de la disposición, toda delegación de funciones entre entidades nacionales y territoriales, operará en virtud de convenio en el que se definan los derechos de la delegante y la delegataria, y los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada, dentro del marco de las disposiciones presupuestales y de planificación.

22. Dicho convenio, empero, no viola la disposición constitucional que determina la reserva de ley estatutaria para efectos del reparto de competencias entre la Nación y los entes territoriales, siempre y cuando el mismo no signifique un reparto definitivo de competencias, sino tan solo temporal. El reparto definitivo de las mismas, no puede ser hecho sino mediante ley orgánica, conforme al artículo 151 superior. Pero mediante acuerdo de colaboración transitoria, la Corte estima que sí pueden transferirse funciones administrativas de entes nacionales a entes territoriales, pues ello desarrolla los principios de

entidad delegante y entidad delegataria no admite excepciones, y se declaró exequible de forma condicionada el resto del artículo, en el entendido en que los convenios que se celebren entre la entidad delegante y la entidad delegataria deben ser de carácter temporal, en razón a que este tipo de delegaciones no pueden ser indefinidas puesto que implicaría un traspaso de las funciones.

Consideraciones que han sido reiteradas por la misma corporación en providencias posteriores, tal es el caso de la sentencia C-617¹²⁶ de 2002, con ponencia de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño y la sentencia C-036¹²⁷ de 2005, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.

Así las cosas, para Molano de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 489 y lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional las características de la delegación impropia son:

colaboración armónica y complementariedad a que se refiere el artículos 113 y 209 de la Carta, sin desconocer la autonomía de las entidades territoriales, quienes pueden no aceptar la delegación, y convenir las condiciones de la misma.

En virtud de lo anterior, se declarará la inexequibilidad del párrafo del artículo 14 de la Ley 489 de 1998, y la exequibilidad del resto de la disposición, bajo la condición de que los convenios a que se refiere el inciso primero, tengan carácter temporal, es decir término definido.” En Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹²⁶“En efecto, a esta clase de convenios entre entidades de la administración pública se refirió la Corte Constitucional, en la sentencia C-727 de 2000, al examinar la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 489 de 1998, disposición que previó que la delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas del orden nacional a favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales, si la autoridad competente decide adoptar esta determinación “deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria”, y la delegación debe ser de carácter temporal. Explicó esta providencia que estos convenios desarrollan la colaboración armónica a que se refiere la Constitución en los artículos 113 y 209.” Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 2002. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño.

¹²⁷ “Con ese criterio, la sentencia C-727 de 2000 declaró la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 489 de 1998, que prevé la delegación de autoridades nacionales frente a entidades territoriales, pero siempre y cuando medie un convenio entre la entidad de orden nacional y la entidad territorial respectiva. Sin embargo, la Corte, en esa sentencia, no sólo retiró del ordenamiento el párrafo de ese artículo sino que además condicionó la constitucionalidad de esa norma a que los convenios tuvieran un término definido.” Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

- En primer lugar, *“La autoridad delegante siempre debe ser una entidad del orden nacional tanto del sector central como del sector descentralizado por servicio o aun de las entidades de naturaleza especial.”*¹²⁸
- En segundo lugar tenemos que: *“Las autoridades delegatarias siempre han de ser o entidades descentralizadas por servicios del orden nacional o entidades territoriales. La Corte Constitucional declaró contrario a la Constitución la previsión de la norma que omitía la celebración de convenio si las materias transferidas eran complementarias a las ya atribuidas en las disposiciones generales, al establecer que si tal delegación se lleva a cabo unilateralmente por el organismo nacional, una actuación de tal naturaleza vulneraría la autonomía de la entidad territorial que goza de especial protección, según se dejó señalado en párrafos anteriores, de modo que para el reparto definitivo de competencias entre la nación y las entidades territoriales, la propia Constitución ha diseñado mecanismos rigurosos, a través de trámites legislativos exigentes, como los propios de las leyes orgánicas.”*¹²⁹
- Y para concluir, en tercer lugar es preciso tener en cuenta que en materia de delegación impropia: *“No existe ningún tipo de relación jerárquica que permita adoptar tal delegación mediante la expedición de un acto administrativo particular y concreto de unilateral imposición, por consiguiente, será necesario perfeccionar dicho traslado mediante un consenso e identificación de funcionarios responsables de lo delegado lo cual se materializa a través de un convenio entre administraciones públicas. Convenio que a diferencia de los*

¹²⁸ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

¹²⁹ Mario Roberto Molano López. TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. 2005. Págs. 185 – 189.

contratos interadministrativos, tiene por objeto el ejercicio de funciones administrativas y no el suministro de bienes o servicios.”¹³⁰

4.5.2. Delegación en la contratación pública.

4.5.2.1. Fundamentos normativos que desarrollan la delegación para el ejercicio de la contratación pública.

La delegación para el ejercicio de la contratación pública se encuentra regulada en la ley 80 de 1993, especialmente en el modificado artículo 12, donde se consagra la figura como tal, y en el numeral 10 del artículo 25, donde se estipula la autorización para el ejercicio de esta. Por esto se procederá a realizar un análisis de las disposiciones normativas que contemplan la figura de la delegación para contratar y su desarrollo jurisprudencial, teniendo en cuenta que la doctrina ha sostenido lo siguiente:

“No solamente se agiliza la contratación atribuyéndole al jefe de la Entidad Estatal o a su representante legal la competencia para dirigir los procesos de contratación y celebrar el respectivo contrato, sino que la Ley 80, además, concede autorización para delegar en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes la facultad para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos (art. 12). A pesar de que la autorización aquí mencionada no dice nada sobre la delegación de la facultad para adjudicar el contrato, se debe concluir que ella también existe, cuando en el numeral 10 del Artículo 30 se dice que en la audiencia pública prevista en el artículo 273 de la Constitución Nacional, participarán el jefe de la entidad o la persona en quien conforme a la ley se haya delegado la facultad de adjudicar, -recordemos que la adjudicación debe hacerse en dicha audiencia-

¹³⁰ MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. Págs. 185 – 189.

expresión que no deja duda que el legislador pretendió facultar la contratación autorizando también la delegación de la adjudicación.”¹³¹

4.5.2.2. El artículo 12 de la ley 80 de 1993.

Como se anotó anteriormente, la delegación para contratar se encuentra consagrada en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007¹³², por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. En ese orden de ideas, la norma que actualmente se encuentra vigente es la siguiente:

“ARTÍCULO 12. 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.

¹³¹ PALACIO HINCAPIÉ, J. Á.. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Págs. 86 – 88.

¹³² “ARTÍCULO 21. DE LA DELEGACIÓN Y LA DESCONCENTRACIÓN PARA CONTRATAR. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2o y un párrafo del siguiente tenor:

(...)

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.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende 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 actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.”

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.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende 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 actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

Estas modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 comenzaron a regir a partir del 16 de enero de 2008, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 33 de la misma Ley 1150. Es de anotar que las modificaciones pueden simplificarse en 3 aspectos a tratar.

El primero de estos aspectos lo identificamos en la abolición de la expresión “o concursos”, lo cual implica que la figura de delegación para contratar solo procede para la realización de licitaciones públicas. Situación que genera vacíos en cuanto a la aplicabilidad de la figura de la delegación en las etapas precontractuales y poscontractuales, y que podría tener incidencia en lo referente a la responsabilidad de quien delega, lo cual resulta de gran interés para este estudio.

El segundo aspecto en que se modificó el artículo 12, de la Ley 80 de 1993 a través de la Ley 1150, consiste en la adición de un segundo inciso, el cual fue contemplado en el artículo 21 de esta norma, y en el que se planteó un aspecto determinante para este estudio, sobre el cual volveremos más adelante, y es lo referente a la ausencia de exoneración de los deberes de control y vigilancia de

la actividad precontractual y contractual por parte de los jefes y representantes legales de las entidades estatales.

El tercer aspecto adicionado al modificado artículo 12 está consagrado en el párrafo dispuesto a través del mismo artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 a través del cual se reguló lo respectivo a la desconcentración en la contratación.

Sobre estas modificaciones y adiciones a la norma que consagra la delegación para contratar, la profesora Rocío Araújo sostiene que:

“Podría inferirse que el inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 prevé la delegación en materia de contratación estatal únicamente para la celebración de contratos, y la desconcentración incurriría únicamente tratándose de licitaciones públicas. No obstante, el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, previsto en los artículos 21 y 33 de la Ley 1150 de 2007, y en lo que se refiere a la delegación, determina que “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.

Teniendo en cuenta estos preceptos, debe advertirse que los mismos no son claros, por lo cual originan el interrogante relativo a si es posible delegar las actuaciones propias de la etapa precontractual y poscontractual. Con este cuestionamiento identificamos un retroceso en la delegación de la contratación estatal, por cuanto la materia autorizada para delegar presenta imprecisión, tema que ya se había superado con lo previsto en el Decreto Ley 2150 de 1995.”¹³³

¹³³ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 110-111.

Aspectos por los cuales la profesora Araújo agrega:

“Para entender este aserto debe recordarse que la actividad negocial del Estado generalmente se caracteriza por estar estructurada en las etapas precontractual, contractual y poscontractual. Tanto el artículo 12 como el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se refieren a la delegación para celebrar contratos, lo cual comprende la etapa contractual, cuando lo técnico era reglar la delegación de las actuaciones contractuales, las cuales se producen en cada una de las etapas anteriormente referidas. Con ello se podría entender que la única función que se autoriza delegar es la de a celebración del contrato, lo que implicaría que las actividades propias de la etapa precontractual no estarían dentro del marco de la autorización legal de la delegación. No obstante, debe tenerse en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, que se refiere a la responsabilidad en virtud de la delegación, del control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, por parte de los jefes y representantes legales de los organismos estatales. Lo anterior podría traducirse en que el objeto de la delegación cubre tanto la actividad precontractual como la contractual, pues parece ser ilógico que, mediándola delegación correspondiente se pueda tener responsabilidad por la función de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando en realidad no es posible la delegación del ejercicio de las funciones que hacen parte de la actuación en la etapa precontractual. La precisión que se reclama en esta materia tiene fundamento si tenemos en cuenta los antecedentes históricos que han rodeado el tema y que han sido objeto de múltiples interpretaciones.”¹³⁴

Ahora bien, estos tópicos referentes a las etapas donde es posible que un funcionario delegue la facultad para contratar interesan a este estudio desde el punto de vista de la responsabilidad que se pueda derivar para el delegante,

¹³⁴ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 111-112.

por lo cual se hará una referencia sobre cada una de las disposiciones que los desarrollan.

4.5.2.3. El numeral 10 del artículo 25 de la ley 80: autorización para delegar la facultad de contratar.

La delegación para contratar contenida en el artículo 12 de la ley 80 debe ser analizada en conjunto con lo consagrado en el numeral 10 del artículo 25 de la misma ley, donde se establece que en virtud del principio de economía los jefes o representantes de las entidades estatales podrán delegar la facultad de celebrar contratos, es decir, se dispone la autorización para delegar en materia de contratación estatal. Veamos lo establecido por la norma:

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...).

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.”

Sobre esta disposición, la doctrina considera que: *“La autorización que hace el legislador para que los jefes o representantes legales de las entidades que tienen capacidad negocial puedan delegar la facultad de celebrar estos contratos se encuentra prevista igualmente en el artículo 25, numeral 10 de la Ley 80, previendo que tal delegación se debe sujetar a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.”*¹³⁵

¹³⁵ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 109.

Esta norma ha tenido un desarrollo¹³⁶ por parte del ejecutivo, especialmente en lo pertinente a las cuantías establecidas en el citado numeral 10 y los límites a la delegación siempre y cuando esta se ajuste a las disposiciones legales. Este aspecto fue solucionado con la expedición de la Ley 489 y en la reforma al artículo 12 de la Ley 80, normas que sin duda afectan la vigencia de algunos de

¹³⁶ “En este sentido y como medida necesaria en el manejo actual de la Administración, el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, autorizaba a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar la facultad de celebrar contratos, entendida la de adjudicar, pero sometida a las cuantías que señalen las respectivas juntas o consejos directivos y a los reglamentos que se expidan con tal fin. Esta estipulación dio lugar a que la delegación se hiciera en distintos funcionarios atendiendo a la confianza que el titular de la competencia les tuviera, originando algunas complicaciones pues se fraccionaba la competencia, generando descontrol. Así por ejemplo, para la contratación de obra pública hasta un millón de pesos se delegaba en un jefe de sección, si era hasta de cinco millones, en un jefe de departamento, si el monto era hasta de diez millones, en un jefe de división y en suma superior, correspondía la facultad al titular de la competencia. Tal medida llevaba a que si la contratación iniciada para un contrato de un millón de pesos, el valor final resultante era de un millón doscientos mil pesos, el jefe de sección se abstenía de tomar la decisión y se paralizaba la legalización del convenio, pues el jefe de sección no lo podía contratar y quien le seguía en turno no legalizaba el convenio pues se consideraba que se habían violado las normas de contratación y rehuía la responsabilidad que podía generarse ante esa situación. Igualmente, con base en la norma citada, se delegaba en unos funcionarios para contratar obra pública y en otros para el suministro, produciendo un caos interno cuando una dependencia necesitaba la contratación que se le había delegado a otra.

La solución vino a concretarse con la expedición del Decreto 679 de 1994 en el cual se dijo expresamente que la delegación podía hacerse: a) Para la desconcentración de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, caso en el cual no se tendrá en cuenta la naturaleza y cuantía de los mismos, pero sólo para esos trámites, pues prohíbe que se extienda a la adjudicación o a la celebración del contrato, según lo preceptuado (artículo 7°); y b) Para la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición, prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual, pero limitada esta delegación a las cuantías que señalen los consejos o juntas directivas y a falta de estos órganos, le señala unas cuantías, con lo cual permanecía obstáculo de que se hablaba en la delegación inicial (Decreto 679, artículo 14).

Solamente dos años después, cuándo se expidió la norma que se conoce como de la antitramitomanía, se vino a solucionar este problema, permitiendo la delegación libre, lógicamente distinguiendo entre los trámites de contratación y la adjudicación y ejecución del contrato.

En efecto, como una medida adicional en el decreto que suprime trámites innecesarios ante la Administración, el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995, señaló respecto a la delegación para contratar: <<Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones o concursos o para la celebración de los contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes>>, con lo cual se permite que cualquier contrato puede ser celebrado por conducto de un funcionario delegado, agilizando evidentemente la contratación, dando fluidez a la misma. Tal norma no amplía a nivel municipal la restricción que consagró el artículo 92 de la Ley 136 de 1994, que autoriza a los alcaldes para delegar en los secretarios de despacho y en los jefes de los departamentos administrativos la facultad de celebrar los contratos y convenios municipales, de acuerdo con el plan de desarrollo y con el presupuesto, reduciendo los funcionarios del rango directivo o ejecutivo, a los secretarios de despacho y jefes de departamento administrativo.” En Juan Ángel Palacio Hincapié. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Sexta edición. 2010. Págs. 86 – 88.

estos decretos, lo cual no es el objeto fundamental de este estudio por lo que no nos ocuparemos en detalle de la vigencia de los decretos que han desarrollado el numeral 10 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, si no los aspectos que trataron y las reformas en ellos planteadas, esto a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar encontramos el Decreto 679 de marzo 28 de 1994, en cuyo artículo 14¹³⁷ se señaló especialmente las cuantías para las entidades que no tuvieran órganos directivos, estableciendo que la delegación podía realizarse en dos eventos, cuando sea igual o inferior a cien salarios mínimos legales mensuales y cuando sea 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. De igual forma, este decreto estableció una cuantía especial para el Ministerio de Defensa Nacional.

Es de resaltar que en el citado decreto 679 se estableció claramente que los delegados no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos o la celebración de los contratos objeto de la delegación. De igual forma,

¹³⁷ “Artículo 14°.- De la delegación de la facultad de celebrar contratos. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán 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. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos:

- a. Sea igual o inferior a cien salarios mínimos legales mensuales;
- b. Sea 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.

En el caso del Ministerio de Defensa Nacional la delegación a que hace referencia este artículo podrá hacerse en relación con contratos hasta por un valor de diez mil salarios mínimos legales mensuales.

Los delegados no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos o la celebración de los contratos objeto de la delegación. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la delegación realizada por el Presidente de la República para celebrar contratos a nombre de la Nación por los Decretos 1789 de 1991, 1929 de 1991 y 94 de 1994.”

en el artículo 23¹³⁸ de esta misma disposición consagró una prohibición para el ejercicio de la figura de la delegación de la facultad de contratar, consistente en la interdicción para celebrar contratos en virtud de encargos fiduciarios o contratos de fiducia, aspecto sobre el que la doctrina ha señalado lo siguiente:

*“Esta disposición reglamentaria, tal vez excediendo el marco legal, extendió la materia delegable a todos los actos inherentes a la actuación contractual en todas sus etapas, limitando tal transferencia de funciones a las cuantías establecidas y precisando que la actividad delegada no puede ser objeto de subdelegación. Con este precepto reglamentario, que desborda la misma ley, se procuraba acabar con la discusión respecto de la materia delegable.”*¹³⁹

Este Decreto 679 de 28 de marzo de 1994 fue modificado parcialmente por el decreto 1985 de agosto 12, también de 1994, reglamentando parcialmente en su artículo uno¹⁴⁰ lo establecido por los artículos 12 y 25 numeral 10 de esa ley sobre la delegación para contratar en las entidades que no cuentan con Juntas o Consejos Directivos, por lo que se estableció que la aplicación de esta figura es posible siempre que la cuantía no exceda el equivalente a veinte veces los montos fijados por la ley para que el contrato sea de menor cuantía en esa entidad.

¹³⁸ “Artículo 23°.- De la celebración de contratos en desarrollo de encargos fiduciarios o contratos de fiducia. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública. No obstante podrán encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso.”

¹³⁹ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 112-113.

¹⁴⁰ “Artículo 1°.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 12 y 25 numeral 10 de la Ley 80 de 1993, los jefes y representantes legales de las entidades estatales que no tengan junta o consejo directivo podrán delegar la celebración de contratos y demás actos inherentes a la actividad contractual siempre que la cuantía no excede el equivalente a veinte (20) veces los montos fijados por la ley para que el contrato sea de menor cuantía en la respectiva entidad.”

Para este estudio, conviene anotar que el citado decreto 1985 no solo se refiere a la celebración de contratos, sino que habla de los demás actos inherentes a la actividad contractual.

Posteriormente encontramos el decreto ley 2150 de diciembre 5 de 1995, expedido para suprimir y reformar regulaciones, procedimiento o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. El artículo 37 de esta disposición estableció la delegación para contratar en los siguientes términos:

“Artículo 37º.- De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”¹⁴¹

Ahora bien, se debe tener en cuenta que este Decreto Ley en el momento de su expedición subrogó el artículo 12 de la ley 80, también el citado Decreto 1985 de 1995 y el artículo 14 del Decreto 679 de 1994, tema abordado en los siguientes términos:

“Antes de la reforma introducida por el artículo 37 del Decreto Ley 2150 de 1995, en el numeral 10 se señalaban otras condiciones relacionadas con la fijación de la cuantía para delegar, como quiera que este aspecto debía ser establecido por las juntas o consejos directivos y en los demás casos por el reglamento. Pero con la enmienda se suprimió este condicionamiento y en cambio se dispuso que la delegación para la celebración de contratos puede hacerse “sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en

¹⁴¹ Decreto-ley 2150 Artículo 37.

*los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.*¹⁴²

Sobre esta cuestión la profesora Rocío Araújo considera que:

*“Al tener esta disposición fuerza de ley se entiende que esta norma derogó parcialmente el artículo 12 y 25, numeral 10 de la Ley 80 de 1993, con lo cual era objeto de delegación cualquier actuación contractual en las distintas etapas, sin distingo de la modalidad o tipo de contrato o de la cuantía, manteniendo tal autorización al nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Además, la norma acabó con la distinción impropia que se había generado entre delegación y desconcentración en materia contractual, concentrando la delegación como único mecanismo de transferencia de funciones en esta actividad.”*¹⁴³

Así mismo, debe destacarse que la constitucionalidad de este numeral 10 fue demandada¹⁴⁴ y la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001 declaró su

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴³ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 113.

¹⁴⁴ “8.1 Cargos formulados

El numeral 10 del artículo 25 desconoce el artículo 211 Constitucional, porque la ley no está fijando las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en subalternos o en otras autoridades, por cuanto defirió esta tarea en las juntas o consejos directivos al permitir que fijen la cuantía para efectos de la delegación, al tiempo que autorizó al reglamento para que lo haga en que en los demás casos.

De otra parte, la exoneración del otorgamiento de garantías en contratos celebrados con organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado no obedece a una diferencia razonada ni proporcional y pone, por ello, en peligro la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación. Si se trata de promover el trabajo, todas las personas que presten servicios deberían estar excluidas del deber de extender garantías.

8.2. Lo que se debate

exequibilidad considerando que: *“En criterio de esta Corporación los cargos contra el numeral 10 del artículo 25 la Ley 80 de 1993 no están llamados a prosperar, puesto que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 211 Superior, que habilita al legislador para fijar las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades, la norma acusada establece los parámetros indispensables para que pueda hacerse uso de esta importante herramienta al servicio de la función administrativa.*

Ciertamente, la lectura del numeral en mención no deja duda alguna acerca del cumplimiento del citado mandato constitucional, toda vez que allí se determinan claramente cuáles son las autoridades que pueden hacer uso de la delegación - los jefes o representantes de las entidades a las que se les aplica la Ley 80 de 1993-; y se indica la materia objeto de delegación - la facultad para celebrar contratos que está regulada en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993-.”¹⁴⁵

Mediante esta sentencia la Corte deja claro que el numeral 10 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 establece la autorización para que los funcionarios públicos pongan en práctica la figura de la delegación para contratar, es decir se le da aplicación a lo establecido en el artículo 211 constitucional y resalta la importancia de la figura de la delegación, especialmente de la delegación para contratar.

Corresponde determinar si el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al permitir que los jefes o representantes de las entidades puedan delegar la facultad para celebrar contratos, vulnera el canon 211 de la Carta Política, que establece las condiciones para que proceda la delegación. Igualmente, debe precisarse si está conforme con la Carta la exoneración de garantías para los contratos celebrados con organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado.” Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

5. Extinción de la delegación.

Este punto, resulta de especial relevancia ya que la extinción de la delegación de funciones puede llegar a tener incidencia en las responsabilidades que se deriven de los actos realizados en virtud de la delegación de funciones administrativas.

Ahora bien, los eventos en los cuales se entiende extinta o finalizada la delegación de funciones han sido establecidos por la jurisprudencia, especialmente por la providencia del 4 de abril de 2002 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado donde se estableció:

“En cuanto a la extinción de la delegación, tanto el artículo 211 de la Constitución como la ley 489 de 1998, sólo mencionan la revocación de la delegación por parte del delegante. Sin embargo el Tribunal considera otras causas o circunstancias que permiten considerarla extinguida. La revocatoria del delegante puede ser tácita: “En forma similar a lo que sucede con el mandato, la revocación tácita es el encargo de gestión del mismo negocio a distinta persona” (folio 41, cuaderno principal). La segunda causa extintiva consistiría en la realización total de la obra delegada o de la gestión encomendada. Y en tercer lugar:

“La expedición de disposición legal, posterior a la Delegación que impida jurídicamente al delegatario, ya sea en forma directa o indirecta, finalizar la delegación confiada. Este hecho de virtud extintiva para la Delegación se dio también con la expedición de la ley 99 de 1993 y el Decreto 1275 de 1994 en la delegación que la Presidencia hizo en el ente corporativo CVC para la celebración del contrato CVC-6647-94 y la ejecución de la obra

nacional de la línea Pasto – Mocoa” (folio 41, cuaderno principal).’’¹⁴⁶

De acuerdo a esta providencia es posible identificar tres modalidades o eventos en los cuales la delegación de funciones se entiende extinta: 1) El primero de ellos es la revocatoria, el cual está directamente establecido en el artículo 211 de la Constitución y el artículo 12 de la ley 489 de 1998, ya que estos consagran la facultad que tiene el delegante de asumir la función delegada en cualquier momento. 2) La segunda modalidad, deviene del carácter transitorio que ostenta la delegación de funciones, por lo cual cuando se finalice la gestión objeto de la delegación, esta se entenderá extinta. 3) El tercer evento o modalidad por medio de la cual se extingue la delegación se presenta con la derogación de la disposición por medio de la cual se realizó la delegación de funciones, lo cual le impide al delegatario continuar con el ejercicio de la gestión delegada.

Como se anotó, la extinción de la delegación puede cobrar especial relevancia para determinar las responsabilidades que se desprendan de los actos realizados en virtud de la delegación de funciones, especialmente el primero de los eventos desarrollados por la jurisprudencia, ya que en muchos casos resulta fundamental para definir la responsabilidad que le asiste al delegante determinar en qué momento reasumió la función delegada y si la reasumió total o parcialmente.

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 4 de abril de 2002. Radicación No. 21.217. C.P.: Alier E. Hernández Enríquez.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE EN LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR Y CORRUPCIÓN.

La delegación es uno de los mecanismos más importantes que tiene la administración pública para el ejercicio de sus funciones, sin el cual sería imposible cumplir con todas las tareas asignadas a las entidades públicas. Sin embargo, desafortunadamente en algunos eventos la delegación ha sido utilizada como una forma de evadir responsabilidades y evitar que el director de una entidad responda directamente por actos de corrupción.

Esta situación ha causado que se cuestione la exclusión de la responsabilidad consagrada en el artículo 211 de la Constitución política y que se hayan buscado mecanismos para ampliarla y evitar así la utilización de la delegación para la corrupción y el abandono absoluto del titular inicial de la función respecto de la vigilancia de la actitud de sus subalternos, aspectos que serán explicados en el presente capítulo.

1. Problemática de la responsabilidad del delegante en la delegación para la contratación Estatal.

Si bien la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de estudiar lo atinente a las distintas responsabilidades que pueden derivarse de los actos relacionados con el ejercicio de la delegación de funciones administrativas, en este estudio nos ocuparemos de fondo sobre lo referente a la responsabilidad que le asiste al delegante cuando se hace uso de la figura de la delegación para contratar consagrada en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, modificado y adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007.

Para tal efecto, se analizará lo que hemos denominado como la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, de acuerdo a lo establecido en los citados artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 21 de la Ley 1150 de 2007, así como lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y lo consagrado en el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001. Esto, con el propósito de plantear los límites formales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico a esta exención de responsabilidad dispuesta en el artículo 211 superior para el delegante, los fenómenos que representan límites materiales a esta y el planteamiento de figuras que deben ser tenidas en cuenta para que el delegante se exima de responsabilidad en materia de la delegación en el ejercicio de la contratación estatal.

1.1. El inciso segundo del artículo 211 Constitucional y la exención de responsabilidad del delegante.

El artículo 211 de la Constitución colombiana consagra los lineamientos generales de la figura de la delegación de funciones administrativas dejando claro que corresponde al legislador fijar las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en subalternos y en otros funcionarios. Así mismo, este artículo consagra una cláusula de exención de responsabilidad para el delegante, dejando la responsabilidad en materia de delegación en cabeza del delegatario. El plurimencionado inciso segundo de este artículo establece que:

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

Esta cláusula de exención de responsabilidad, determinante para el objeto de este estudio, no puede ser leída por separado a lo establecido en la otra mitad del inciso, es decir, a la posibilidad que le otorga esta norma constitucional al delegante para reformar y revocar los actos realizados por el delegatario reasumiendo él la responsabilidad de la función que había sido delegada.

Conviene anotar, que de acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo de este estudio, la delegación de funciones como principio organizacional¹⁴⁷ de carácter constitucional tiene una finalidad¹⁴⁸ clara, y es dar al desarrollo y ejercicio de la administración pública una herramienta ágil para lograr el cumplimiento de los fines del Estado y la consecución de las políticas públicas. De lo que se entiende que la intención del Constituyente fue brindar agilidad al aparato administrativo y facilitar la gestión de los administradores, los cuales, de acuerdo a esta finalidad, no pueden ser responsables por pretender cumplir los fines del Estado de forma ágil y en desarrollo de los preceptos constitucionales, es decir por delegar.

Por lo cual, surgen una serie de interrogantes, especialmente en materia de delegación para el ejercicio de la función de contratación estatal, haciendo necesario que se establezca el alcance de la exención de responsabilidad

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁸ En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la finalidad de la delegación de funciones es: “(...) descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.”¹⁴⁸ En Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999, Expediente D-2376. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002, donde consideró que: “La finalidad de la delegación. La delegación es un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado (C.P., arts. 2 y 209). Por ello, las restricciones impuestas a la delegación tienen una doble finalidad: de un lado, evitar la concentración de poder en una autoridad y preservar “la separación de funciones como uno de los principios medulares del Estado (...) como una garantía institucional para el correcto funcionamiento del aparato estatal”, y de otro lado, evitar que se desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas.”¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

consagrada en el inciso segundo del artículo 211 superior, ¿indica este artículo que el funcionario que cumpla su rol de acuerdo la finalidad¹⁴⁹ de la delegación estará exento de responsabilidad?

Así las cosas, para lograr la respuesta de este cuestionamiento veamos lo planteado por el legislador sobre la responsabilidad de quien delega en materia de contratación estatal y su armonía con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 Constitucional.

1.2. El artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y la responsabilidad del delegante en la delegación de firma en la contratación estatal.

Como se anotó en el capítulo anterior, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 contiene el régimen de los actos del delegatario, refiriéndose en su primer inciso a los requisitos a que estarán sometidos los actos realizados por el delegatario en desarrollo de la delegación y los recursos jurídicos de los que estos son susceptibles.

El segundo inciso de esta disposición repite lo establecido en el mencionado inciso segundo del artículo 211 Constitucional, estableciendo que:

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual 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 disposiciones del Código Contencioso Administrativo.”

¹⁴⁹ Siguiendo al Lamprea Rodríguez se entiende que: “(...) Su finalidad es el ejercicio de la función administrativa, según razones de interés general.” LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. Contratos Estatales, Temis. Bogotá, 2007. Pág. 165.

Pero lo que resulta de interés para este estudio es lo consagrado en el párrafo de este artículo 12, ya que en él se establecen especiales disposiciones sobre la responsabilidad del delegante en materia de la delegación para contratar:

“PARAGRAFO. 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.”

Vemos que con esta disposición el legislador introdujo nuevos elementos de juicio en materia de responsabilidad del delegante en lo referente a la contratación pública. Es menester resaltar que este párrafo se refiere especialmente al acto de delegación de la firma del contrato público y establece que esta situación expresa no exime de responsabilidad legal civil y penal al agente principal, es decir, que se generó un primer límite a la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el artículo 211 superior.

Ahora bien, el acto de delegación de firma ha ocupado la atención de la jurisprudencia en distintos eventos. Así, en la sentencia C-727 de 2000, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada, entre otros aspectos, por la presunta violación al artículo 211 de la constitución por parte del párrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998. En este evento la Corte consideró:

“16. Respecto del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, que, en los casos de contratación administrativa prescribe que la delegación del acto de la firma no exime de responsabilidad al delegante, la Corte encuentra que 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 éste último señala que “(la)

delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario...”

No obstante lo anterior, 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. Tarea material en que se suple al delegante, con finalidades de agilización de la función pública. Vistas así las cosas, 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. Suscribe por aquel que conserva la plenitud de la responsabilidad civil y penal por el acto. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones.

Así, el supuesto normativo del artículo 211 superior, que es el del traslado efectivo de competencias, servicios o funciones, 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 la referida figura. Desde este punto de vista, el parágrafo acusado no vulnera la Constitución.”¹⁵⁰

Deja claro la Corte Constitucional que la figura de la delegación de firma para la celebración de un contrato estatal no implica el traspaso efectivo de las competencias que están en cabeza del delegante, simplemente nos encontramos ante una figura que pretende darle agilidad y celeridad a la actividad de la

¹⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

contratación estatal y lograr así el cumplimiento de los fines del Estado. Esta figura de la delegación de firma, es una de las tipologías de la corrupción en la contratación pública, ya que en distintas ocasiones los funcionarios delegan la firma con el único propósito de evadir la responsabilidad que les genera la suscripción de un contrato que se encuentra viciado por situaciones ilícitas.

Sobre el precedente jurisprudencial conviene resaltar que mediante la sentencia C-372¹⁵¹ de 15 de mayo de 2002 la Corte declaró estarse a lo resuelto en la citada sentencia C-727 de 2000, esto con ocasión de una nueva demanda en contra del párrafo del artículo 12 de la ley 489, toda vez que de acuerdo a lo considerado por esta Corporación operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

1.3. El párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001 y la responsabilidad del delegante en la contratación pública en materia de acción de repetición.

¹⁵¹ “1. Luis Eduardo Montoya Medina demanda el párrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1998 por vulnerar el artículo 211 de la Constitución Política. Sin embargo, en los términos del artículo 243 de la Carta Política, opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente a la norma acusada, en consideración a lo decidido por esta Corporación en la sentencia C-727 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En esta sentencia la Corte consideró que la norma demandada no se refiere a la delegación administrativa en general, sino a la delegación de firma, en donde no opera ningún traslado de competencias del delegante al delegatario, pues éste tan sólo cumple una tarea material, la firma o suscripción de un documento por aquél. Expresó también que la delegación de firma tiene como fin agilizar el ejercicio de la función pública. Y, sobre la responsabilidad del delegante al efectuar la delegación de firma, señaló lo siguiente: “Vistas así las cosas, 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. Suscribe por aquel que conserva la plenitud de la responsabilidad civil y penal por el acto. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones. Así, el supuesto normativo del artículo 211 superior, que es el del traslado efectivo de competencias, servicios o funciones, 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 la referida figura. Desde este punto de vista, el párrafo acusado no vulnera la Constitución”.

Por lo anterior, en relación con el aparte demandado de la ley 489 de 1998 se decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia C-727 de 2000, proferida por esta Corporación.” En Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Mediante la ley 678 de 2001 se reglamentó 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. En el artículo 2 de esta norma se incluyó un párrafo donde se establecen circunstancias especiales de responsabilidad en lo referente a la acción de repetición para el delegante en materia de contratación estatal, puntualmente este párrafo 4o establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO 4o. 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.”

Este aparte normativo ha sido objeto de distintas demandas de inconstitucionalidad, siempre planteándose el problema jurídico de la presunta contrariedad con el artículo 211 de la Constitución Política, y específicamente respecto de la exención de responsabilidad para el delegante que en este artículo se dispone. En ese orden de ideas, la sentencia más relevante sobre este aspecto es la C- 372 de 2002 de la Corte Constitucional, donde se estableció que el delegante solo puede ser llamado en garantía cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. Para el objeto de interés de esta investigación conviene resaltar lo expuesto en esta sentencia sobre la responsabilidad del delegante en materia contractual para fines de acción de repetición y el por qué la Corte determinó la constitucionalidad del párrafo 4 del artículo 2 de la ley 678 de 2001. Así las cosas, sobre la posibilidad de vincular al delegante en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía la Corte consideró:

“En relación con el primer aspecto, al dar aplicación a los principios constitucionales

sobre la responsabilidad de los servidores públicos, aparecen, en comienzo, dos alternativas en relación con la responsabilidad del delegante: 1ª) el acto de delegación constituye, de manera inmediata, una barrera de protección o de inmunidad al delegante y, en concordancia con la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política¹⁵², toda responsabilidad corresponde exclusivamente al delegatario, y 2ª) el delegante, junto con el delegatario, responde siempre por las decisiones que éste tome en ejercicio de la delegación.

Considera la Corte que estas alternativas constituyen dos extremos incompatibles con los principios referentes a la responsabilidad del servidor público en general y del delegante en especial. En efecto, no puede darse al artículo 211 de la Constitución una lectura aislada y meramente literal para considerar que la delegación protege o aparta total y automáticamente a la autoridad delegante de todo tipo de responsabilidad en relación con el ejercicio indebido o irregular de la delegación pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios

¹⁵² Expresa el inciso segundo del artículo 211 de la Carta Política que “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”.

*constitucionales sobre la materia.”*¹⁵³

Resulta fundamental esta jurisprudencia para la determinación de responsabilidades derivadas del uso de la figura de la delegación para contratar, puesto que de acuerdo a lo establecido por la Corte existe una responsabilidad derivada del ejercicio del cargo. Así, podemos destacar las siguientes consideraciones que fueron esgrimidas en la providencia para determinar este aspecto:

“10. Lo que la Constitución consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, 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

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.^{154''155}

En este sentido, con esta jurisprudencia se sentó el precedente constitucional respecto del alcance de la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el artículo 211 superior, dejando claro que bajo ninguna circunstancia la delegación puede constituirse en un medio para evadir responsabilidad, postura sostenida en los siguientes términos:

“La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa (C.P., art. 209).

Por ello, es necesario efectuar un análisis sistemático de la Constitución con el fin de establecer los límites fijados por el constituyente en materia de responsabilidad del delegante, pues la expresión del artículo 211 sobre la materia no agota los diferentes escenarios en los cuales el delegante puede ser considerado sujeto responsable, pues

¹⁵⁴ En relación con los deberes funcionales del delegante, el artículo 211 de la Constitución señala que el delegante siempre podrá reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y reasumir la responsabilidad consiguiente. Por su parte, la ley 489 de 1998 prescribe que el delegante deberá informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de la delegación. Además, que la autoridad delegante puede en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario.”

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 15 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

*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 (CP, arts. 1, 2, 6, 123, 124 y 209, y ley 489 de 1998, arts. 10 y 12)."*¹⁵⁶

Así las cosas, la Corte Constitucional estableció que la exención de responsabilidad planteada en el artículo 211 constitucional no es absoluta, ya que esta se estructura solo en una de las tres hipótesis posibles en que se estructura la responsabilidad del delegante y del delegatario:

*"11. Entonces, en aplicación de la figura de la delegación, el daño antijurídico que dé lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la acción de repetición (CP, art. 90), puede darse de tres maneras diferentes, de acuerdo con la participación del delegante o del delegatario: 1ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la delegación otorgada, sin la participación del delegante; 2ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, quien utiliza al delegatario como un mero instrumento de su conducta; y 3ª) hay concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico. La primera hipótesis es a la cual hace referencia el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, y en ese evento "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario"; la segunda y la tercera hipótesis son las reguladas por la norma demandada pues no puede ser constitucional una medida del legislador que diga que un funcionario está exonerado de responsabilidad así participe con dolo o culpa grave en la consumación de un daño antijurídico por el cual el Estado se vio condenado a indemnizar a quien no estaba obligado a soportar dicha lesión."*¹⁵⁷

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Es claro entonces que el delegante responde¹⁵⁸ por sus propias acciones u

¹⁵⁸“En suma, 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, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa (C.P., arts. 6º, 121 y 209).

En este escenario debe entenderse la norma demandada. Cuando en materia contractual el delegante actúe con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, por el cual el Estado se haya visto obligado a reparar, 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, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculó con su firma al Estado en la relación contractual o que lo representó en las diferentes etapas del proceso contractual. Todo lo contrario, si el delegante participó a título de dolo o culpa grave deberá ser vinculado en el proceso de acción de repetición o llamamiento en garantía para que responda por lo que a él corresponda en atención a las circunstancias fácticas de cada situación.

Por lo tanto, resulta razonable la norma demandada al señalar que en materia contractual el delegante podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en la ley 678, con lo cual no se incurre en ninguna infracción al ordenamiento superior, pues la expresión del artículo 211 de la Carta, según la cual “la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario”, no constituye excusa para que la autoridad pública acuda a la delegación como medio para incurrir de conductas reprochables por el derecho sancionador del Estado.

La norma demandada tampoco desconoce los límites fijados por el artículo 90 de la Constitución pues, contrario a lo afirmado por los actores, se infiere que ella alude a aquellos eventos en que en materia contractual haya existido dolo o culpa grave del delegante en el ejercicio de sus funciones. Tampoco revive modalidad alguna de responsabilidad objetiva ni desconoce la presunción de inocencia que acompaña a los servidores públicos. Representa, por lo tanto, un ejercicio razonable de la potestad de configuración legislativa en esta materia, en cumplimiento de las atribuciones contempladas en los artículos 1º, 2º, 6º, 121, 124 y 209 de la Carta Política.

12. De otro lado, en relación con la responsabilidad solidaria, la Corte observa que se trata de una figura acogida en nuestro sistema jurídico en diferentes oportunidades¹⁵⁸. Ahora bien, en este caso en particular, encuentra la Corte que el legislador, al consagrar en la norma demandada la solidaridad entre delegante y delegatario, “materializa la definición del Estado colombiano como un Estado social”¹⁵⁸ en la medida en que pretende garantizar el cumplimiento de los fines esenciales y la consolidación de los principios de la función administrativa (CP, arts. 1º, 2º y 209). Si bien los fines y principios en mención “pueden conseguirse de distintas maneras o a través de distintas regulaciones”¹⁵⁸, el legislador ha optado por la solidaridad en la delegación, lo cual constituye una medida razonable pues hace evidente que el delegante, desde su posición como jefe o representante legal de la entidad pública, queda vinculado con el delegatario en la gestión contractual, al ser ésta una herramienta administrativa a la cual acuden las entidades estatales para cumplir las funciones, prestar los servicios y construir las obras a cargo del Estado. Además, téngase presente que, de acuerdo con la naturaleza de la acción de repetición, la solidaridad que postula la norma demandada se refiere a una responsabilidad de carácter patrimonial, la cual se determinará en atención a los deberes funcionales y de la conducta dolosa o gravemente culposa del delegante y del delegatario en la producción del daño antijurídico a que se refiere el artículo 90 de la Constitución Política. Por lo anterior carece de fundamento el reparo de constitucionalidad formulado contra la figura de la solidaridad que consagra la norma demandada.

13. En consecuencia, al no existir vulneración de los artículos constitucionales invocados por los demandantes, se declarará la exequibilidad de la norma acusada. Sin embargo, en consideración de la naturaleza jurídica de la delegación y de los requisitos de procedibilidad contemplados en el artículo 90 de la Constitución Política, se condicionará la exequibilidad de la norma demandada en el entendido en que sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.” Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, y no que por el hecho de utilizar la figura de la delegación para contratar o la delegación de funciones administrativas un funcionario se exonera de cualquier tipo de responsabilidad que surja con ocasión de la delegación realizada y las actuaciones de su delegatario, quien en muchas ocasiones es un mero instrumento para cometer actos de corrupción que privilegian intereses privados desnaturalizando las figuras establecidas por la constitución para el ejercicio de la función administrativa. Por tales motivos, en materia contractual es dable que el delegante sea llamado a responder por los actos del delegatario cuando exista dolo o culpa grave en sus actuaciones. Sobre este aspecto el profesor Matallana Camacho considera que:

“La delegación de funciones tiene rango constitucional y está regulada en el artículo 211 superior cuando se establece que estará a cargo del Congreso de la República determinar los casos en los cuales el Presidente de la República podrá delegar sus funciones en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado. Igualmente, queda a la función del Congreso fijar por medio de ley las condiciones en las cuales las autoridades administrativas pueden delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

Se estableció como regla general que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo responsabilidad consiguiente. Sin embargo, como vimos, la Ley 678 de 2001 en materia de contratación no permite que el delegante se excuse de responsabilidad respecto de las actuaciones de su delegado.

Una de las normas que precisamente reguló la delegación fue el Estatuto de Contratación, en donde expresamente se autoriza a los representantes legales a delegar

*la celebración de los procesos de selección de contratistas, la adjudicación y la celebración de contratos estatales.”*¹⁵⁹

Ahora bien, conviene anotar que éste precedente jurisprudencia ha sido reiterado en las sentencias C-414¹⁶⁰ y C-484¹⁶¹ de 2002, donde se resolvió estese a lo resuelto en la citada sentencia C-372 de 2002.

1.4. El artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 y la responsabilidad del delegante en la actividad precontractual y contractual.

Como se dejó anotado anteriormente, el artículo 21 de la ley 1150 realizó varias modificaciones al artículo 12 de la Ley 80 de 1993, dentro de esas modificaciones especialmente interesa a esta tesis el segundo inciso que fue incorporado a la norma que regula la delegación para contratar, el cual es del siguiente tenor:

¹⁵⁹ MATAALLANA CAMACHO, E. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. Pág. 107

¹⁶⁰ “*El asunto planteado por el actor en su demanda contra el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001 señala la abierta violación de la Constitución, en especial del artículo 211 C.P., al establecer que en el campo contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad legal para efectos de la acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante. Esta es una materia que ya fue expresamente abordada por la Corte Constitucional, pues en la sentencia C-372 de 2002 se declaró la exequibilidad del parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, también demandado en este proceso, en el entendido que sólo puede ser llamado el delegante cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.*

En este orden de ideas, en el presente caso opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional (artículo 243 C.P.), razón por la cual se decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia C-372 de 2002.” En Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶¹ “*Dado que la Corte Constitucional se pronunció ya sobre la exequibilidad de los artículos 2, parágrafo 4; 5, 6, 17 y 11, en sentencias C-372, C-414, C-455, C-423, C-374, C-285, C-394 y C-233 todas del año 2002 la Corte, en esta oportunidad, ordenará estarse a lo resuelto en dichas providencias, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución Política.*” En Corte Constitucional. Sentencia C-484-02 de 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

“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.”

Inciso sobre el cual la doctrina ha sostenido:

“La ley trae una estipulación novedosa en cuanto a la delegación en materia de contratación, consistente en hacer responsable a los jefes y representantes legales de las entidades estatales de las actuaciones que puedan cumplirse en los asuntos que hayan delegado. Es, aparentemente, una inversión especial de la responsabilidad y se traslada al delegatario, pero aquí permanece en el delegante pues, lo dice el artículo 21 de la Ley 1150 de 2005, <<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>>.”

Pero cabe precisar que la norma lo que hace es mantener el deber de control y vigilancia del delegante, por lo cual, su responsabilidad no va hasta la actuación del delegatario en los aspectos de la competencia que éste recibe, sino en lo relacionado con el control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contrato y que correspondan a sus funciones jefe o representante legal, pero en ejercicio del control que le corresponde a un superior jerárquico. El delegatario sigue siendo responsable de la actuación a su cargo, asume la responsabilidad propia de la ejecución de la actividad que correspondía aquél, pero el delegante tendrá el deber de vigilar y controlar que las obligaciones se cumplan con respeto de la normatividad propia del contrato y que las obligaciones que se vayan cumpliendo, se realicen con diligencia, eficiencia, idoneidad y eficacia. Es el sentido de la responsabilidad del delegante, pues no podría la ley atribuirle responsabilidad por la actividad que no ha desarrollado.”¹⁶²

¹⁶² PALACIO HINCAPIÉ, J. Á.. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Págs. 86 – 88.

Se denota que esta disposición acogió el criterio expuesto por la citada ley 678 de 2001, toda vez que es posible anotar que: *“Ya con la ley 678 de 2001 se había introducido en cierta forma esta regulación de la responsabilidad del delegante al establecer que <<en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad legal>>, y prescribiendo una solidaridad entre el delegante y el delegatario para efectos de la acción de repetición (artículo 2º, parágrafo 4º). En el examen de constitucionalidad de dicha norma, la Corte Constitucional sentenció condicionadamente el alcance de dicha disposición al indicar que el delegante sólo puede ser considerado responsable cuando en la delegación su conducta pueda ser calificada de dolo o culpa grave, lo cual es propio de la responsabilidad de los funcionarios al tener del artículo 90 de la norma Superior. Por tanto, si el delegante usa la delegación como una manera de esconder su responsabilidad para inducir al delegatario a que adopte decisiones que él no hubiera querido asumir, quedaría dentro de dicha previsión, de lo contrario, el delegatario respondería de su actuación.*

Ese fue el criterio que expuso la Corte en la sentencia citada:

<<La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario>>.

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 va más allá porque hace responsable al delegante de sus obligaciones de control y vigilancia que son propias de quien tiene la dirección y control de la actividad, sin que se le pueda obligar a asumir obligaciones que son propias

*del rol del delegatario.”*¹⁶³

Ahora bien, la constitucionalidad de este inciso fue estudiada mediante la sentencia C-693 de 2008. Esta jurisprudencia surge debido a que nuevamente se le planteó a la Corte como problema jurídico¹⁶⁴ una posible violación de lo establecido en el artículo 211 de la Constitución. Se debe resaltar que en esta jurisprudencia se estableció que 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 cumplimiento de estas facultades.

Así, esta providencia¹⁶⁵ reitera la jurisprudencia sentada en la sentencia C-372 de 2002, exponiendo las principales conclusiones a las que la Corte llegó sobre

¹⁶³ PALACIO HINCAPIÉ, J. Á.. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Págs. 86 – 88.

¹⁶⁴ “2. El problema jurídico que propone la demanda.

2.1. Como se dijo en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, el demandante sostiene que cuando inciso 2° del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 dispone que, tratándose de la delegación para contratar, “(e)n 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”, desconoce la regla constitucional contenida en el artículo 211 superior, conforme a la cual “(l)a delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

Todas las intervenciones y también el señor Procurador defienden la constitucionalidad de la disposición legal demandada, afirmando que la acusación parte de una lectura aislada del artículo 211 superior, que permite llegar a la errada conclusión a la que arriba el demandante. Unánimemente estiman que una interpretación sistemática y armónica de todos los textos superiores lleva a concluir que existen otras normas constitucionales distintas del artículo 211 de la Carta, que le imponen al delegante obligaciones permanentes de vigilancia y control sobre la actividad del delegatario, y que impiden considerar a aquel desvinculado de toda responsabilidad por el sólo hecho de la delegación. Como soporte de esta argumentación, citan la Sentencia C-372 de 2002¹⁶⁴ en donde, dicen, se explicó lo anterior.” En Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶⁵ “4. El alcance del inciso 2° del artículo 211 de la Constitución Política. Reiteración de la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-372 de 2002.

4.1. El inciso 2° del artículo 211 de la Carta reza así:

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel,

la responsabilidad del delegante en materia de contratación de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 211 superior, veamos:

“Así pues, de la jurisprudencia transcrita se extraen válidamente las siguientes conclusiones:

a. El artículo 211 de la Constitución no puede ser interpretado el sentido según el cual la delegación exime absolutamente de responsabilidad al delegante. Esta interpretación proviene de una lectura aislada y descontextualizada de dicha disposición superior, que es descartada por la Corte.

reasumiendo la responsabilidad consiguiente.”

4.2. La anteriormente citada Sentencia C-372 de 2002¹⁶⁵, si bien no constituye cosa juzgada material respecto de la presente demanda, sí contiene una doctrina sobre la interpretación de la anterior norma superior, que en esta oportunidad debe ser recordada a fin de estudiar los cargos propuestos en la demanda.

Dijo en esa ocasión la Corte, que si bien la titularidad de la función pública de contratación estatal se radicaba en el jefe o representante legal de la entidad contratante, ello no excluía que él pudiera vincular a otros funcionarios de la entidad para que participaran también en la gestión contractual del Estado, acudiendo para ello a la figura de la delegación total o parcial de su competencia para celebrar contratos. Recordó entonces que la jurisprudencia había explicado que la delegación es “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”¹⁶⁵.

Refiriéndose al vínculo que la delegación genera entre el delegante y el delegatario, la Sentencia en cita explicó que “(a)l delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación (C.P., art. 211).¹⁶⁵ Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal.”

Explicado lo anterior, la Sentencia en comento pasó a estudiar la constitucionalidad del párrafo 4° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001, conforme al cual, en asuntos contractuales, el acto de delegación no exime de responsabilidad legal al delegante en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía, por lo cual podrá ser llamado a responder solidariamente con el delegatario.” En Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

b. Tampoco se deriva de su texto que la delegación signifique que delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario. Esta interpretación desconoce el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos.

d. Además del artículo 211 superior, existen en el texto de la Carta otras normas constitucionales “que imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular”, contenidas especialmente en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores.

e. Una lectura sistemática de estas normas constitucionales, junto con lo prescrito en el artículo 211 de la Carta, lleva a concluir 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. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones.

Con base en lo anterior, en la Sentencia C-372 de 2002 se decidió declarar exequible el parágrafo 4º del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, en el entendido en que el delegante sólo podía ser llamado a responder cuando hubiera incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.”¹⁶⁶

Ahora bien, sobre la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 1150 de 2007 y en especial sobre el inciso que se incorporó al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 la Corte consideró:

“Así las cosas, se pregunta ahora la Corte si cuando el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 dispone que “(e)n ningún caso, los jefes y representantes legales de

¹⁶⁶ En Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”¹⁶⁷, vulnera el artículo 211 de la Constitución.

Al respecto, encuentra que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente. Ciertamente, como se acaba de ver, 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 209¹⁶⁸ de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem¹⁶⁹, 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, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en la tantas veces mencionada Sentencia C-372 de 2002¹⁷⁰.”¹⁷¹

Aspecto que de acuerdo a lo establecido por esta jurisprudencia debe ser

¹⁶⁷ *Subraya la Corte.*

¹⁶⁸ “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

¹⁶⁹ “C.P. ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”

¹⁷⁰ *M.P. Jaime Córdoba Triviño”*

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

entendido en el marco del “*principio de coordinación administrativa*”¹⁷², el cual implica que la jerarquía funcional en la administración pública impone los deberes de vigilancia y control respecto de los subalternos, así medie un acto de delegación de funciones. También, queda claro que en materia de responsabilidad del delegante nos encontramos ante la aplicación del “*principio de responsabilidad subjetiva*”¹⁷³ que indica que la responsabilidad de este actor deriva del deber de vigilancia y control que le asiste de la función precontractual y contractual, cuando se ha incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de la funciones referidas.

1.5. De la posición doctrinal sobre la responsabilidad del delegante cuando media un acto de delegación.

¹⁷² “En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos.”¹⁷² En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada.” En Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷³ “De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores, a que se refiere el artículo 124 de la Carta¹⁷³, conlleva que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros; principio que resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazado por esta Corporación en materia de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios. Ciertamente, esta Corporación ha sostenido que “no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.”¹⁷³ Así mismo, de manera más general ha explicado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 superior, conforme al cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”, en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”¹⁷³. ”¹⁷³

Ahora bien, no sobra recordar que distinta de la responsabilidad subjetiva de los agentes del Estado es la responsabilidad objetiva del Estado mismo, que se deduce de la sola presencia de un daño antijurídico causado por sus agentes. Por ello la Corte ha explicado que “es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo.”¹⁷³ En Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En el campo doctrinal se destaca el análisis realizado por la profesora Rocío Araújo, quien luego de exponer la interpretación de la Corte la Constitucional, haciendo un enfoque sobre la responsabilidad que implica la delegación de funciones en el escenario jurídico, plantea una serie de cuestionamientos sobre la responsabilidad de los agentes estatales cuando media un acto de delegación, veamos:

- “1. Si el acto de delegación constituye una forma para que el delegante se exonere de la responsabilidad que puede generar la actuación contractual.*
- 2. Si tanto el delegante como el delegatario responden por las decisiones que se adopten al interior del proceso contractual.*
- 3. Si el delegatario de funciones contractuales responde exclusivamente por los actos que produce y el delegante por las labores de dirección, supervisión y control.*
- 4. Finalmente, ha existido la pregunta acerca de los casos en que puede haber una corresponsabilidad.”¹⁷⁴*

Con el fin de solucionar estos cuestionamientos la profesora Araújo en primer lugar plantea que debe deducirse que el artículo 211 Constitución no establece que la delegación exonere al delegante de la responsabilidad que pueda surgir debido al ejercicio indebido o irregular de las funciones delegadas, por lo cual considera que: *“Lo que se deduce del artículo 211 de la Carta es que el delegatario del ejercicio de las funciones administrativas responde por los actos que produzca , en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, por lo cual por esta actuación no debe responder el delegante, toda vez que los agentes del Estado responden por sus actuaciones bien por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus*

¹⁷⁴ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 118-119.

*funciones.”*¹⁷⁵

Aspecto, que según esta misma autora, aplicado a la delegación para contratar, conlleva a que el delegante sigue siendo el titular de la función. De lo que se infiere que el delegante no se desprende totalmente de la función delegada e implica que conlleva a que responda por otro tipo de actuaciones, que según la profesora Araújo Oñate: *“se derivan del principio de jerarquía, que incluye el poder de dirección, orientación y control de tutela, a partir del cual se busca controlar y supervigilar el ejercicio de la función en bien de la unidad administrativa.”*¹⁷⁶.

También considera esta profesora que no es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, toda vez que: *“contraría la inferencia, según la cual, cada agente estatal responde por las decisiones que hubiere adoptado y no por las decisiones tomadas por los demás. La Corte Constitucional ha señalado*¹⁷⁷ *que la delegación crea un vínculo permanente y activo entre el delegante y el delegatario, el cual se debe reflejar en instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación, las cuales se traducen en la expresión de las políticas y orientaciones generales que se establezcan en aplicación del principio de unidad de la administración y, por tanto, se acomoden las decisiones a los planes, metas y programas institucionales. También comprende el seguimiento que haga el delegante sobre las decisiones que adopte el delegatario, lo cual incluye la posibilidad de que el delegante revoque el acto de delegación, si es que los hechos así se lo recomiendan, por*

¹⁷⁵ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 119.

¹⁷⁶ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 119.

¹⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

cuanto el ejercicio de tales funciones no responden a las expectativas en ellos previstas.”¹⁷⁸

En ese orden de ideas se afirma que de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional: *“la delegación no se puede constituir en un medio para evadir un régimen de prohibiciones de los servidores públicos, ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, pues en estos casos podemos estar dentro de una corresponsabilidad del delegante y del delegatario.”¹⁷⁹*

Así las cosas, y luego de esbozar los argumentos expuestos, la profesora Araújo, basada en las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, concluye que la responsabilidad en materia de delegación puede darse de acuerdo a la intervención del delegante o del delegatario en tres eventos distintos, lo cuales los destaca de la siguiente manera:

- *“De acuerdo con lo previsto en el artículo 211 de la constitución, el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la función de que trata la delegación otorgada, sin la participación del delegante.*
- *De acuerdo con lo que se desprende del párrafo 4 del artículo 2 de 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 de llamamiento en garantía con fines de repetición”, el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, cuando éste*

¹⁷⁸ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 119-120.

¹⁷⁹ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 120.

utiliza al delegatario como un mero instrumento de su conducta.

- *También con fundamento en la norma antes citada puede existir concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico, cuando los dos agentes estatales han obrado de común acuerdo y en forma contraria al principio de legalidad y del Estado de derecho.”¹⁸⁰*

Con esto, esta doctrinante deja sentada su posición respecto de la responsabilidad derivada de la delegación para contratar y los aspectos relevantes en cuanto a la exclusión de responsabilidad del delegante.

2. La corrupción como problemática que afecta la figura de la delegación como restricción material de la exención de responsabilidad del delegante.

Con la consagración de la delegación para contratar dentro de nuestro ordenamiento jurídico se le dio a la función administrativa una herramienta para desarrollar de forma eficiente y eficaz la administración pública, por lo cual un funcionario que delegue un proceso contractual destinado a satisfacer los fines del Estado de forma ajustada a la Constitución y la ley estará exento de responsabilidad, así se deduce de lo plasmado en el artículo 211 Constitucional y de las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales traídas a este estudio.

Esta investigación se ha ocupado hasta el momento de realizar un análisis sobre la delegación de funciones administrativas, destacando la importancia y trascendencia de la delegación para contratar, así como el régimen de

¹⁸⁰ ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 120.

responsabilidad que en materia de delegación para la contratación ha establecido el ordenamiento jurídico colombiano para el funcionario delegante, estudiando las posturas jurisprudenciales y doctrinales al respecto. Ahora, surge la necesidad de estudiar el fenómeno de la corrupción, toda vez que uno de los escenarios donde mayormente aparece este fenómeno es en el de los procesos de contratación del Estado.

Así, tenemos que las tipologías de la corrupción, especialmente en la contratación pública, implican la desnaturalización de figuras que el ordenamiento jurídico ha consagrado como herramientas para garantizar la eficiencia y eficacia de la función administrativa, tal es el caso de la delegación para contratar. Esta desnaturalización implica que mediante el fenómeno de la corrupción se utilizan estas figuras para privilegiar los intereses particulares y obtener beneficios extraposicionales en detrimento del interés general y del bien jurídico administración pública.

De lo expuesto anteriormente queda claro que la finalidad de la delegación y en especial de la delegación para contratar, hace que esta figura sea necesaria para la ejecución de la función administrativa, toda vez que su correcta aplicación le brinda al funcionario público un mecanismo eficiente para la realización de sus funciones y la consecución de los fines del Estado cumpliendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad contemplados en el artículo 209 de la Constitución. Es decir, estamos frente a una herramienta de organización de la estructura de las instituciones para el desarrollo de una función administrativa eficiente y eficaz.

Como se dijo, no se puede dejar de lado que la delegación para contratar esta concebida dentro de un escenario trascendental para la administración pública, ya que la contratación es el mecanismo por excelencia para realizar los fines y

proyectos de la Administración y cumplir los parámetros establecidos por la categoría del Estado social de derecho.

Pero así como la delegación para contratar permite al funcionario el desarrollo de una función administrativa eficiente y eficaz también es posible que represente situaciones propicias para cometer actos de corrupción. Esto, toda vez que el directivo, valiéndose de su posición de delegante puede delegar la función de contratar para que se favorezca a un determinado contratista o simplemente para que se firme un contrato que representa un aberrante acto de corrupción.

La realidad nacional demuestra que la figura de la delegación para contratar representa un posible vehículo para cometer actos de corrupción, toda vez que esta, al igual que otras figuras del derecho administrativo, es susceptible de ser desnaturalizada y convertida en un mecanismo para obtener beneficios particulares en detrimento de la administración pública, y por tanto representa un mecanismo de corrupción en la contratación pública, máxime si tenemos en cuenta que las prácticas corruptas en materia de delegación de funciones administrativas se caracterizan porque el funcionario titular de la competencia es quien dirige todo el plan criminal por medio del cual el delegatario traspasa las barreras de la permisibilidad entrando en el campo de lo delictivo.

En ese orden de ideas, se analizará el panorama de la corrupción en la administración pública, su concepto, las características y la teoría de la corrupción en la contratación pública, toda vez que este fenómeno representa una restricción material de la exención de responsabilidad del delegante consagrada en el artículo 211 Constitucional, ya que la administración pública se ve enfrentada a la problemática que los funcionarios que ostentan la competencia para realizar cierto tipo de actos delegan en sus subordinados la

ejecución de estos para que quien finalmente expida el acto administrativo sea quien responda por sus consecuencias. Pero esto parecería el normal transcurrir de la función pública, de no ser porque dichas delegaciones llevan expresas las indicaciones de favorecer los intereses del delegante que pretende simplemente mostrarse como impoluto ejecutor de la función administrativa.

2.1. Aproximación a la corrupción en la administración pública.

La corrupción es uno de los fenómenos más complejos pues su determinación depende de situaciones sociales, jurídicas, políticas y económicas, por lo cual debe ser estudiada desde diversos ámbitos para poder realizar una comprensión completa sobre la misma.

2.1.1. Concepto de corrupción.

Para Malem Seña *“se pueden definir los actos de corrupción como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional”*¹⁸¹. En ese orden de ideas, y siguiendo lo expuesto por Bautista, dos son los sentidos que se presentan en relación con la corrupción: el elemento económico y el elemento funcional, es decir, el designio que se pretende cumplir mediante el acto de corrupción¹⁸².

En este sentido se expone a la corrupción como un fenómeno de encuentro, donde dos partes actúan en contra de los fines del Estado sobreponiendo el interés particular de obtener un beneficio económico sobre el interés general

¹⁸¹ MALEM SEÑA, J.F.: La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Gedisa. Barcelona, 2.002. pág. 35.

¹⁸² BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 26.

que debe guiar la actuación de la función pública¹⁸³.

Al respecto, se pueden definir como actos de corrupción algunas conductas indebidas como: *“el nepotismo, el acoso, la deslealtad, el abuso de autoridad, la incapacidad para el cargo, entre otros.”*¹⁸⁴

Este sentido amplio, se refiere en especial al beneficio extraposicional que es obtenido gracias a la corrupción, pero en todo caso, sea desde el sentido amplio o desde el sentido económico de la corrupción estamos frente a una desnaturalización de la función administrativa, por medio de la cual se utilizan figuras contempladas en el ordenamiento para obtener beneficios particulares gracias al abuso de su condición de servidor público¹⁸⁵.

Como se dijo, la corrupción es un acto de encuentro, es decir que necesariamente requiere dos actores: una persona que corrompe y otra que se corrompe y realiza un acto desviado para favorecer los intereses del corruptor. Normalmente se habla de que estos dos actores se encuentran representados en *“los políticos y los funcionarios públicos”*¹⁸⁶ lo que en palabras del profesor Bautista genera dos ámbitos de corrupción: *“a) El político y b) El administrativo”*¹⁸⁷.

En este sentido, la corrupción política se manifiesta cuando: *“los políticos,*

¹⁸³ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 26.

¹⁸⁴ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 26.

¹⁸⁵ NIETO, A: El desgobierno de lo público. Ariel. Barcelona, 2008. Pág. 154.

¹⁸⁶ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 28-30.

¹⁸⁷ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 28-30.

impulsados por la ambición y la avaricia, se aseguran una fortuna privada desviando fondos de las arcas públicas”¹⁸⁸

Por su parte, la corrupción administrativa: *“se caracteriza por el abuso en los deberes del funcionario público para obtener beneficios propios” (...)*

Ambas formas de corrupción se encuentran, sin embargo, inescindiblemente unidas, pues ambas dependen recíprocamente generando un sistema en el cual la política utiliza a la administración pública para sus propios designios¹⁸⁹.

Sin embargo, la corrupción no puede circunscribirse exclusivamente al ámbito público, pues la doctrina ha reconocido la existencia de corrupción privada, la cual se configura con: *“el uso desviado del poder de decisión en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares”¹⁹⁰.*

Es decir, que no es posible enmarcar la corrupción en el ámbito de lo público y en relación con la política o los políticos, toda vez que muchas veces los grandes actos de corrupción son motivados por intereses que pretenden favorecer relaciones entre privados o simplemente se presentan actos de corrupción en el desarrollo de las relaciones entre particulares, lo cual agudiza mas el tema, toda vez que la administración pública cede ante los intereses de quienes ostentan el poderío económico pasando por encima del ordenamiento y permitiendo que se

¹⁸⁸ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 28-30.

¹⁸⁹ BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 28-30.

¹⁹⁰ FABIAN CAPARRÓS, E. A. La Corrupción de agente público extranjero e internacional. Salamanca, 2002. Pág. 18-19.

realicen proyectos que no cuentan con las especificaciones necesarias para su consecución¹⁹¹.

Más que un gigantesco botín es posible afirmar que la corrupción es el mecanismo mediante el cual se garantiza la ejecución de los intereses de una determinada clase (política o económica) que financia y apoya la elección o el nombramiento de los funcionarios públicos con el objeto de que la función pública este destinada a satisfacer sus intereses. Es decir, se responde a la premisa de tu me eliges y yo gobierno de acuerdo a tus intereses, ajustando la normatividad y todos los actos de gobierno hacia la satisfacción de ese interés privado, no del interés general. Lo complejo de esta situación son las consecuencias que genera, puesto que finalmente son asumidas por la ciudadanía, quien confía en que el ejercicio de los poderes públicos busque la consecución del interés general.

En este sentido tenemos que: *“Sin duda, el coste de la corrupción es demasiado alto para la vida de cualquier Estado. La falta de ética en el sector público no es una cuestión de palabras, sino que se manifiesta mediante actos concretos, con repercusiones evidentes, en los que políticos y funcionarios utilizan su autoridad para beneficio propio, solo o en complicidad con grupos, desviando los recursos públicos y afectando a una parte de la sociedad al generar desigualdad. La inmoralidad es un componente de la sociedad dual, una realidad que produce sectores marginados o condenados a la pobreza.”*¹⁹²

Así lo entiende el profesor Castro Cuenca, quien considera que: *“La corrupción implica obtener un beneficio extraposicional, es decir, un beneficio individual indebido a*

¹⁹¹ NIETO, A: El desgobierno de lo público. Ariel. Barcelona, 2008. Pág. 155.

¹⁹² BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao, 2009. Pág. 59-60.

cambio de un engaño que la sociedad finalmente paga, (...)”¹⁹³.

Esta situación, ha llevado a que distintas figuras administrativas que han sido consagradas por el constituyente y el legislador para garantizar la eficacia y la eficiencia en el ejercicio de la administración pública sean utilizadas como vehículos para facilitar actos de corrupción y por ende la desviación de los fines del Estado y de la naturaleza jurídica con la que fueron creadas estas figuras.

2.1.2. Características de la corrupción.

La doctrina ha llegado a determinar la existencia de unas características o elementos de la corrupción dentro de las cuales se han mencionado fundamentalmente las siguientes:

- En primer lugar, el ejercicio abusivo de poder por la persona o funcionario que tiene la facultad de ejercer norma¹⁹⁴. El ejercicio del poder público de manera abusiva es un componente fundamental de la corrupción, pues de lo contrario, simplemente estaríamos ante un acto privado del funcionario que no afecta la administración pública.
- En segundo lugar, la persuasión: es inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo¹⁹⁵. En este caso, se busca influir, cambiar la tendencia del funcionario público o incluso del particular a través del

¹⁹³ CASTRO CUENCA, C. Corrupción y Delitos contra la Administración Pública. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008. Pág. 82.

¹⁹⁴ MURIEL PATIÑO, M.: <<Economía, corrupción y desarrollo>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E., (Coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis. Salamanca, 2000. pág. 27.

¹⁹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en www.rae.es. Última fecha de consulta 13 de enero de 2010.

prevalimiento o del soborno para que realice algo o deje de hacerlo. Este elemento ha sido definido concretamente como la desviación del interés y en el caso de la corrupción pública, como la desviación del interés público hacia el interés personal¹⁹⁶.

- Por último, el enriquecimiento de alguno de los sujetos que participan en el acto de corrupción, el que, obtenido con injusticia y en daño de otro, se considera ilícito e ineficaz en derecho¹⁹⁷. Lo cual ha sido definido por la doctrina como la obtención de un beneficio extraposicional, es decir, de un beneficio indebido¹⁹⁸.

Es necesario que exista un funcionario público en cualquier categoría, sin embargo, existen diversas conductas que nos llevan a la corrupción, vemos por ejemplo, el operario de un juzgado que recibe determinada suma de dinero para ejercer su función, sin importarle, que como función de su cargo debe desempeñarla sin recibir ningún dinero, este tipo de conducta produce lo que determinamos:

Acción – Efecto – Acción

Es decir, ante la acción de un ciudadano común de ofrecer dinero al funcionario, este recibe una suma determinada de dinero que como efecto

¹⁹⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I.: <<Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción>>, en: Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña, 2003. pág. 785.

¹⁹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en www.rae.es. Última fecha de consulta 13 de enero de 2010.

¹⁹⁸ DEMETRIO CRESPO, E.: <<Corrupción y delitos contra la Administración Pública>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E., (coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Ratio Legis. Salamanca, 2000. Pág. 67. También adoptan esta postura MISAS ARANGO, G. / OVIEDO LEÓN, M. / FRANCO CORREA, A.: La lucha anticorrupción en Colombia, Teorías, prácticas y estrategias, Contraloría General de la República. Bogotá, 2.005. Pág. 30

manifiesta la corrupción y como acción final encontramos la acción del funcionario a dar cumplimiento a sus obligaciones, pero más precisamente a satisfacer lo que le solicito el ciudadano corrupto.

Se debe tener en cuenta el funcionario de alto nivel administrativo quien igualmente presenta corrupción ya sea por dinero de un individuo o por dinero de la administración, toda vez que este maneja disponibilidad presupuestal; está el caso de un funcionario que emite un avalúo más costoso para que el privado le dé una parte económica; frente a esto estaríamos en detrimento patrimonial. Para evitar este tipo de conductas se crean mecanismos que regulen a los funcionarios, es decir que tengan reglas claras a seguir.

2.1.3. Formas de corrupción.

La corrupción en la administración pública ha tenido diversas manifestaciones a lo largo de la historia, la más común es el llamado soborno o cohecho, que consiste en *“Ofrecimiento de una recompensa irregular para influir la conducta del agente público en relación con una decisión”*¹⁹⁹. El mismo se puede calificar como propio en aquellos eventos en los cuales el funcionario deba cometer un delito o violar la ley e impropio si se le entrega para realizar una actuación en ejercicio de sus funciones como sucede con los pagos de engrase, es decir, aquellos que se entregan para destrabar una determinada actuación de un funcionario.

La segunda forma de corrupción es la extorsión por parte del funcionario público al particular para que le entregue un determinado beneficio, es decir:

¹⁹⁹ LAPORTA, Francisco: La corrupción política, introducción general, en AA.VV.: La corrupción política. Alianza. Madrid, 1997. Pág 21.

“la amenaza por parte del agente público al ciudadano de una medida lesiva para éste si no realiza una contraprestación irregular a beneficio del agente”²⁰⁰.

Esta conducta ha sido denominada en muchos países como Italia como concusión, sin embargo, de manera particular en España no se ha optado por su consagración autónoma como delito, pues se prefiere sancionar la misma a través de otros tipos penales como la extorsión o las exacciones ilegales.

La tercera forma de corrupción son los arreglos entre el funcionario público y los particulares, que se presenta cuando *“el agente público y el ciudadano privado establecen un pacto recíproco en perjuicio del público, de forma tal que una decisión oficial (adjudicación de contrato, concesión administrativa, etc.) favorece al privado a cambio de una recompensa o merced para el agente público”²⁰¹.*

Esta modalidad es especialmente frecuente en relación con los contratos públicos, por lo cual en algunos países como México, Colombia y Brasil se consagra a través de un sistema complejo de delitos de contratación indebida, mientras que en España se ha preferido concentrar esta conducta punible en la llamada colusión.

La cuarta forma de corrupción en la administración pública son las llamadas *malversaciones y fraudes*, es decir, : *“Utilización de fondos públicos o de posiciones oficiales para objetivos distintos de los previstos en las leyes, tales como selección interesada de personal, favores, adquisiciones, contrataciones, etc”²⁰².*

²⁰⁰ LAPORTA, Francisco: La corrupción política, introducción general, en AA.VV.: La corrupción política. Alianza. Madrid, 1997. Pág 21

²⁰¹ LAPORTA, Francisco: La corrupción política, introducción general, en AA.VV.: La corrupción política. Alianza. Madrid, 1997. Pág 22

²⁰² LAPORTA, Francisco: La corrupción política, introducción general, en AA.VV.: La corrupción política. Alianza. Madrid, 1997. Pág 22

Esta modalidad es comúnmente tipificada a través de dos tipos de conductas punibles, de un lado, a través de la tipificación de un delito específico como la malversación en España y el peculado en Italia y Latinoamérica y por medio de una modalidad agravada de apropiación indebida en Alemania y los países del sistema jurídico anglosajón²⁰³.

Por último, dentro de las formas más relevantes de corrupción tenemos al *uso de información privilegiada* para tomar decisiones económicas o sociales privadas, conducta punible que para el sector privado se denomina insider trading o delito de los iniciados y que se presenta cuando una persona utiliza información obtenida a través de su cargo para fines privados, lo cual es especialmente frecuente en el caso de la llamada puerta giratoria que se presenta cuando una persona que trabajó en la Administración pública renuncia para utilizar sus conocimientos y también sus contactos para beneficios propios o de la empresa que lo contrata.

Todas estas formas de corrupción, sin embargo, pueden relacionarse directamente con los conflictos de intereses, los cuales se pueden presentar antes y después de haber laborado para la administración pública. En este sentido la doctrina define el conflicto de intereses de la siguiente manera:

“Aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume

²⁰³ CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Pág. 391 y ss.

*el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie”*²⁰⁴

De esta forma, cabe destacar que GARCÍA MEXÍA ha señalado la existencia de 4 elementos del conflicto de intereses²⁰⁵:

- Unos elementos subjetivos compuestos por el cargo o funcionario, en su caso frente a particular. No cualquier persona puede llegar a incurrir en un conflicto de intereses, pues para ello es necesario que sea funcionario público y además que el conflicto se presente en un asunto sometido a su consideración. Sin embargo, no podemos dejar de destacar que el conflicto de intereses se presenta también en otras áreas o campos, que pueden llegar a ser incluso privados, como son, por ejemplo, el ejercicio de la medicina o el periodismo, en los cuales existen unas reglas éticas muy concretas que deben acatar sus profesionales.
- Un elemento *prescriptivo* de los conflictos de intereses: el deber de servicio al interés general. En este sentido, no basta con la condición de funcionario de la persona, sino que también la persona en concreto tenga deberes específicos frente al interés general y que los mismos se puedan afectar por su actuación. Cabe mencionar en este punto que por ejemplo si un sujeto representa como diputado o parlamentario los intereses de una comunidad específica o incurrirá en un conflicto de intereses en el caso de que simplemente vele por los mismos.

²⁰⁴ GARCÍA MEXÍA, P. Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea, Aranzadi. Navarra, 2001. Pág. 97

²⁰⁵ GARCÍA MEXÍA, P. Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea, Aranzadi. Navarra, 2001. Pág. 81 a 100

- El elemento *material* de los conflictos de intereses: el riesgo de abuso de poder mediante la subordinación del interés general. Este elemento constituye lo que en derecho penal consiste en la antijuridicidad material, pues tiene que existir algún daño o riesgo de daño para que podamos predicar la existencia de una consecuencia desfavorable para el sujeto y el mismo se desprende precisamente del posible abuso del derecho.
- Por último, el elemento *causal* de los conflictos de intereses: el ánimo de lucro pecuniario o en especie. Este elemento no es aceptado de manera general en todas las legislaciones del mundo, especialmente teniendo en cuenta que pueden haber otros intereses dentro de la administración pública como son los afectivos, los familiares y los corporativos, sin embargo, la exigencia de este requisito no es del todo extraña, pues de lo contrario se podría extender la regulación sobre los conflictos de intereses a asuntos que son simplemente de la vida privada de las personas.

2.1.4. Las causas de la corrupción.

En la actualidad sería completamente absurdo llegar a señalar que solamente existe una causa para la corrupción. Dentro de las razones políticas la que se cita de manera más frecuente es la venta de la política al servicio de intereses particulares, en donde tiene muchísima relevancia la financiación privada de las campañas políticas, pues la misma posibilita que se presente lo que se denomina lo que se denomina partidos empresa y por tanto la desviación del interés público al particular²⁰⁶.

²⁰⁶ VILLORIA MENDIETA, M. La corrupción política, Síntesis. Madrid, 2006. Pág. 73 y ss.

En las razones económicas se señala de manera reiterada la expansión de los intercambios, que particularmente genera que en muchos países la corrupción ha sido la que haya abierto la puerta a las inversiones extranjeras y a los negocios públicos de mayor magnitud²⁰⁷.

Dentro de las razones institucionales se cita a los problemas de configuración, control y desarrollo de las administraciones públicas que crea tal situación de caos que no permite que exista transparencia en la administración pública²⁰⁸

2.1.5. Efectos de la corrupción.

Toda acción implica un efecto, y debido a que la manifestación de la corrupción como conducta maléfica, genera unos efectos negativos como, por ejemplo, desequilibrio institucional, que involucra factores tales como, los psicológicos, los sociales, los políticos etc.

Uno de los efectos de la corrupción en una sociedad, es el detrimento económico que se genera en el patrimonio público y como consecuencia de esto, dicho presupuesto deja de llegar a fines sociales como la alimentación de niños, ampliación de la educación, la creación de fondos para vivienda, etc²⁰⁹.

Esto significa, por ejemplo, que cuando en un contrato se incrementan los precios con el ánimo de ganar más a título personal, o el caso del funcionario que recibe una cantidad grande de dinero para adjudicar un contrato, se estaría

²⁰⁷ VILLORIA MENDIETA, M. La corrupción política, Síntesis. Madrid, 2006. Pág. 79 y 80

²⁰⁸ VILLORIA MENDIETA, M. La corrupción política, Síntesis. Madrid, 2006. Pág. 72 y ss.

²⁰⁹ MURIEL PATIÑO, M.: <<Economía, corrupción y desarrollo>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E., (Coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis. Salamanca, 2000. Pág. 32.

en contra de los fines sociales de cualquier Estado puesto que lo único que se busca es el beneficio propio y no el interés general.

Teniendo en cuenta lo anterior vemos que este tipo de conductas generan atraso en un país, ya que no es posible ejecutar obras y generar aportes a los sectores más deprimidos, pues la disponibilidad económica queda en manos de los muchos corruptos que manejan el presupuesto y la contratación del país. Como lo expone Castro Cuenca: *“se concretará en la reducción de la eficiencia de la Administración Pública, bien sea a través de la apropiación directa de caudales públicos o con la reducción de la calidad de las obras o de la prestación del servicio correspondiente”*²¹⁰

Esta descomposición social forja unos impactos que cada día disminuyen el nivel de vida de las personas, y esto queda claro cuando transparencia internacional informa a las Naciones Unidas que: *“la corrupción aumenta en un 30 por ciento - a 48.000 millones de dólares - el costo de proveer agua a la mitad de los 1.000 millones de personas que no tienen acceso a ese recurso”*²¹¹.

Por lo tanto, este hecho conlleva efectos internacionales de gran importancia que deben ser dados a conocer a la sociedad para que hagan las denuncias pertinentes y se deje de aceptar de manera generalizada la realización de este delito.

Otro factor que se ve altamente afectado con la actuación indebida de los funcionarios públicos, es la reducción de la inversión extranjera, toda vez que

²¹⁰ CASTRO CUENCA, C. Delitos contra la administración pública y corrupción, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2009. Pág. 82.

²¹¹ Informe de Transparencia Internacional junio 25 de 2008.

el hecho de no ver crecimiento, desarrollo y estabilidad económica, no genera en los inversionistas poca seguridad financiera²¹².

Sin embargo en el caso colombiano, la seguridad jurídica que se le da al inversor garantiza la recuperación de la inversión, pero aun así se disminuye de manera significativa la inversión en un país corrupto. Aunque las empresas con inversión extranjera pretendan actuar de la misma manera corrupta, es decir, pagando sobornos, no es una garantía, pues siempre existen intereses contrarios que quieren ganar a toda costa. Colombia, con tan alto índice de corrupción, trae la necesidad de incurrir en la ilegalidad para no ver afectado su patrimonio y menos en su inversión, pues si este inversor no cumple con los requisitos hechos por su contratante este podría de manera discrecional declarar incumplimiento de contrato, la caducidad, o peor aun si no se ha adjudicado, declarar desierto el proceso de adjudicación, con el fin de dar el contrato a alguien que si cumpla sus exigencias conforme a sus intereses.

De la misma manera según el departamento de información pública de la Naciones Unidas: *“las prácticas corruptas vacían las arcas de los Estados, arruinan el libre comercio y espantan a los inversores. El Banco Mundial estima que la corrupción puede reducir la tasa de crecimiento de un país entre 0,5 y 1 puntos porcentuales por año. Según las investigaciones del FMI, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción”*²¹³.

Cuando se pierde la credibilidad en el Estado esto lo que nos trae como consecuencia es que el resto de países dejen de confiar, pues no ven en un País

²¹² CASTRO CUENCA, C. Delitos contra la administración pública y corrupción, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2009. Pág. 82.

²¹³ Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, “costo de la Corrupción ”

corrupto la opción de invertir dineros que se retribuya al menos socialmente. Pues se concluirá por parte de los inversionistas que el dinero invertido se repartirá entre unos pocos.

En cuanto a los efectos queda demostrado que es completamente nocivo para cualquier país aceptar y ejecutar las conductas corruptas, y sobre todo nocivo para la población quienes son los directamente afectados.

3. La corrupción en la contratación pública.

La corrupción en la contratación pública se presenta de manera frecuente, por diversas razones, dentro de las cuales cabe destacar que existen presupuestos muy altos y normas demasiado técnicas que facilitan la manipulación de la interpretación de las mismas²¹⁴.

En este sentido, la doctrina ha identificado una tipología de eventos en los cuales se presenta corrupción en la contratación pública:

- En la formación del contrato, se destaca la existencia de convenios ilícitos realizados con un proponente para direccionar los pliegos de condiciones o términos de la contratación y la utilización de sobornos e influencias para manipular a los servidores públicos²¹⁵.

En algunos casos la causa de una adjudicación indebida es un convenio entre proponentes y un funcionario para preconfigurar un proceso de

²¹⁴ CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Pág. 21 y ss.

²¹⁵ CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Pág. 272 y ss.

licitación a favor de uno de ellos²¹⁶, situación que se manifiesta especialmente en dos eventos: La inducción de la demanda por los empresarios y el direccionamiento previo del procedimiento de contratación a favor de determinados licitantes.

- En la elaboración de los actos administrativos precontractuales y el propio contrato se presentan eventos como la inexistencia del contrato, el abuso de la contratación directa y el fraccionamiento del objeto contractual para evadir la exigencia de proceso licitatorio²¹⁷.
- En la fase de ejecución la corrupción se manifiesta en la apropiación directa de bienes relacionados con el objeto contractual, los sobrecostos de las obras, el abuso de la subcontratación, la revisión abusiva de precios y la expedición de facturas falsas para defraudar a la administración pública²¹⁸.

4. La delegación como instrumento de la corrupción en la contratación pública.

En este punto, se estudiará la delegación como mecanismo utilizado para la comisión de delitos contra la administración pública en el marco de la contratación estatal, siendo la principal fuente de referencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la cual se evidencia una frecuente aparición de esta figura cuando se trata de delitos

²¹⁶ ARROWSMITH, S./ LINARELLI, J. / WALLACE, D.: Regulating public procurement. Kluwer Law International. La Haya, 2000. Pág. 35.

²¹⁷ CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Pág. 325 y ss.

²¹⁸ CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Pág. 434 y ss.

relacionados con la celebración indebida de contratos públicos, ya que en una gran cantidad de casos la Sala Penal ha tenido que determinar la validez de la delegación para establecer la autoría en la comisión de este tipo de delitos, lo que denota la utilización de esta figura como instrumento para facilitar actos de corrupción.

A continuación se analizarán las principales sentencias donde se destaca este aspecto:

4.1. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del tres de septiembre de dos mil uno.

Mediante esta providencia la Sala Penal de la Corte Suprema profirió sentencia condenatoria en contra del Gobernador del departamento de Santander por la comisión del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades por celebrar un contrato con una sociedad en la cual su secretaria privada tenía vínculos familiares²¹⁹.

En este caso, se alegó la existencia de la delegación para contratar en el secretario de salud, sin embargo, ello nunca se demostró y además para la Corte

²¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Proceso 16837, M.P.: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego: “El día 3 de octubre de 1997, el departamento de Santander, representado por el entonces gobernador MARIO CAMACHO PRADA, firmó el contrato de prestación de servicios N° 061 con la sociedad ISBEN Limitada, representada por la señora MARÍA XIMENA ORDOÑEZ CHAUSSINANT, con el fin de realizar talleres de información y atención al usuario y sobre el sistema de calidad para la entidades promotoras de salud, tarea que debía cumplirse en diecisiete (17) municipios de la región, por valor de veintinueve millones ciento treinta y cuatro mil pesos (\$ 29.134.000.00). Para la fecha indicada, fungía como titular de la Secretaría Privada de la Gobernación la doctora CAROLINA SOTO MÉNDEZ, mientras que en la firma contratista aparecían como socias la referida representante legal y ADRIANA SOTO MÉNDEZ, la primera esposa de FOCIÓN SOTO MÉNDEZ y la segunda hermana de éste y también de la mencionada Secretaria Privada de la gobernación.

Como quiera que el referido contrato afectaba en parte los recursos del Fondo de Inversión Social (FIS), la firma del mismo correspondía directamente al gobernador, aunque los trámites se avanzaron en la Secretaría de Salud, dependencia a la cual incumbía el objeto del convenio”.

Suprema dicha delegación no podía operar, veamos lo expuesto por la Corte:

“Por otra parte, aunque la contratación podía delegarse conforme con los artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 14 del Decreto 679 de 1994, no podía hacerse con el contrato 061 que era de naturaleza FIS y la responsabilidad radicaba exclusivamente en el gobernador, y tampoco existe un acto administrativo donde se haya autorizado la delegación del proceso precontractual”²²⁰.

Vemos como en las consideraciones de la Corte se evidencia la utilización de la delegación como medio para la comisión del delito de celebración de contrato con violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, dejando claro que la delegación para contratar no opera en todos los eventos y que por lo tanto el simple hecho de delegar no exime de responsabilidad al delegante.

4.2. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del diez de agosto de dos mil cinco.

Mediante esta providencia la Sala de Casación Penal se pronunció sobre el caso del Gobernador del Departamento del Putumayo, quien fue condenado por los delitos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación al haber celebrado los contratos 001, 002, 003, 004, 005, 006 y 007 con proponentes que no eran idóneos para ejecutarlos²²¹.

²²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Proceso 16837, M.P.: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

²²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del diez de agosto de dos mil cinco. Proceso 21489. M.P.: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez: *“El señor JORGE DEVIA MURCIA fue elegido como Gobernador del Departamento del Putumayo para el periodo 1998 – 2000.*

Fue convocado para que respondiera en juicio como probable autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales según resolución emitida el 2 de septiembre de 2003 por el Fiscal General de la Nación, en virtud del comportamiento que se sintetiza de la siguiente manera:

En relación con la delegación, el Gobernador procesado señaló que había delegado la realización de la fase precontractual de todos los contratos cuestionados en una oficina de contratación, lo cual según la Corte Suprema de Justicia no lo exime de responsabilidad, toda vez que a quien delega le corresponde ejercer la vigilancia y control sobre los asuntos que haya otorgado para verificar su cumplimiento conforme a los principios que rigen la función administrativa²²².

Es decir, la Corte deja claro que la exención de responsabilidad del delegante no es absoluta ya que la delegación de funciones no exime necesariamente de responsabilidad al delegante.

4.3. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veinte de abril de dos mil seis.

En esta sentencia, la Corte se ocupó en cede del recurso extraordinario de casación de estudiar la responsabilidad del Tesorero del municipio de Nilo

En la referida calidad, el doctor DEVIA MURCIA celebró los contratos números 001, 002, 003, 004, 005, 006 y 007, lo mismo que las órdenes de obra 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008 y 009, todos del 19 de enero de 2000 y para ser ejecutados en el municipio de Puerto Asís, localidad en la que se llevó a cabo elección de alcalde el 23 de enero del mismo año, la cual ganó Manuel Alzate.

Los correspondientes contratistas no eran idóneos para ejecutar los respectivos objetos de los contratos y órdenes de obra mencionados; éstos se les adjudicó en virtud de la intermediación desplegada por los señores Luis Fernando Gaviria Giraldo y Jorge Arnulfo Santamaría Montoya, quienes respaldaban a Manuel Alzate en su candidatura.”

²²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del diez de agosto de dos mil cinco. Proceso 21489. M.P.: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez: “DEVIA MURCIA no se exime de responsabilidad por el hecho de no haberse encargado de la fase precontractual delegada en el secretario de infraestructura, el jefe de la oficina jurídica y el jefe de presupuesto, porque a pesar de que en la administración pública opera el principio de confianza en virtud del cual es viable la delegación, el reproche se funda en los motivos subyacentes que de acuerdo con la prueba indiciaria tuvo el ex gobernador para realizar la contratación.

Además, la delegación funcional no exime necesariamente de responsabilidad al delegante, quien puede ser llamado a responder por la ilegal actuación de sus delegados, ya que en virtud de la Constitución y de la ley al que delega le corresponde ejercer la vigilancia y control sobre los asuntos que haya otorgado para verificar su cumplimiento conforme a los principios que rigen la función administrativa”.

(Cundinamarca), quien fue condenado por la comisión del delito de interés indebido en la celebración de contratos al haber adjudicando un contrato para la construcción del parqueadero municipal en calidad de delegatario a una empresa en cuya junta directiva se encontraba su esposa²²³.

El aspecto discutido respecto de la delegación en este caso fue la existencia y validez de la misma, pues no se aportó legalmente el documento escrito que permitiera demostrarla. Sin embargo, en la audiencia pública el tesorero (delegatario) y el alcalde (delegante) reconocieron la existencia de la delegación, por lo cual, la Sala de Casación Penal no concedió la casación teniendo en cuenta el principio de libertad probatoria²²⁴.

4.4. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del cinco de noviembre de dos mil ocho.

Mediante esta sentencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

²²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de dos mil seis 2006. Proceso 25274. M.P.: Marina Pulido De Barón: “El 2 de octubre de 1998, se celebró el contrato de obra pública No. 148-98, entre RODRIGO AMADO GARZÓN, en representación del municipio de Nilo (Cund.), y la empresa asociativa de trabajo de obras civiles “Los Pagueyunos”, por un valor de veinticinco millones de pesos (\$ 25.000.000,00), con el objeto de construir la estructura para el parqueadero municipal. Se imputa al funcionario mencionado estar incurso en el delito de interés indebido en la celebración de contratos por haber llevado a cabo la contratación no obstante que su cónyuge, Ana Luz Mery Sierra, formaba parte de la junta directiva de la empresa contratista”.

²²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de dos mil seis 2006. Proceso 25274. M.P.: Marina Pulido De Barón: “En la primera censura propuesta por error de derecho, de cuyo contenido pareciera evidenciarse un falso juicio de legalidad porque refiere que se acreditó un hecho (la delegación funcional) prescindiéndose de la formalidad exigida legalmente (por escrito), en realidad no consulta con la naturaleza de tal yerro, dado que lo que en el fondo lo que se pretende cuestionar no es la apreciación otorgada a una prueba que se ha aportado al proceso sin sujeción a los requisitos previstos para su aducción o formación, sino discutir en torno de un criterio expuesto por el sentenciador según el cual se aceptó que en el presente evento medió un acto de delegación.

Sobre el particular, además, oportuno se ofrece precisar que en materia penal rige el principio de libertad probatoria (arts. 253 del Dto. 2700 o 237 del al Ley 600), de conformidad con el cual los hechos debatidos en el proceso no se demuestran a través de una prueba en particular, de suerte que si el juzgador dio por sentado con fundamento en las indagatorias rendidas por el procesado y la del Alcalde del municipio de Nilo, Félix Amado Amado, la existencia del acto de delegación, puesto que así lo aceptaron los mencionados en dichas diligencias, no se encuentra ningún defecto apreciativo que pueda ser enmendado por esta vía extraordinaria”.

Justicia condenó a un ex presidente de la Cámara de Representantes por la comisión del tipo penal de peculado culposo, responsabilizándolo de la existencia de múltiples irregularidades en la contratación de papelería de esa entidad, las cuales dieron lugar al detrimento en el erario público de más de 55 millones de pesos²²⁵.

En esta oportunidad, la Corte se refiere a la figura de la delegación señalando que pese a existir la misma en la Directora Administrativa de la Entidad, la delegación solamente abarcaba la fase precontractual y no la firma ni la vigilancia en la ejecución del contrato, las cuales se conservaban en cabeza del Presidente de la Cámara de Representantes. Adicionalmente se señala que la delegación no exime de los deberes de vigilancia y control al delegante. Veamos lo expuesto por la Sala:

“En suma, el procesado no sólo ostentaba la disponibilidad jurídica de los bienes objeto de extravío, sino que además, de manera personal llevó a cabo actuaciones administrativas y adoptó decisiones del mismo orden, en el marco de su competencia funcional, escenario en el cual obró con total abandono de las responsabilidades

²²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Proceso 18029, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez: *“En virtud de las presuntas irregularidades suscitadas en diversos contratos de adquisición, obra y prestación de servicios^{225[1]} celebrados por la Cámara de Representantes en la vigencia fiscal de 1999, cuando el doctor MARTÍNEZ ROSALES fungió como su Presidente, la Corte adelantó investigación penal tendiente a establecer si se omitieron requisitos legales esenciales en esas contrataciones.*

Recaudada la prueba de las gestiones seguidas para celebrar los contratos se concluyó que si bien fueron varias las irregularidades acaecidas en la tramitación de esos negocios jurídicos, no le era atribuible a título de dolo al Presidente de la Cámara y los demás integrantes de la mesa directiva de esa Corporación, motivo por el cual se descartó la existencia del delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

No obstante, como se halló que el doctor MARTÍNEZ ROSALES observó una conducta descuidada en la celebración de los contratos 819 del 8 de junio de 1999 y 951 del 14 de julio del mismo año, ambos destinados a la adquisición de papelería de formas continuas, contraria a los deberes de vigilancia, supervisión y control que le correspondían como Presidente de la Cámara de Representantes y ordenador del gasto, conducta que propició la pérdida de recursos públicos en cuantía de \$55.492.750.00, fue acusado por esta Corporación como presunto autor responsable del delito de peculado culposo en concurso homogéneo.”

compatibles a ella, en cuanto la única exigencia efectuada a sus subalternos fue la de contar con un informe de la Directora Administrativa sobre la realización de sus tareas y el visto bueno del Jefe Jurídico, es decir, se limitó a efectuar una revisión simplemente formal de los trámites previos, convirtiéndose en verdadero avalador de sus labores, cuando a él correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por esos funcionarios, antes de optar por comprometer los dineros de la entidad.

No cabe duda, entonces, que EMILIO MARTINEZ, pese a no delegar ni la ordenación del gasto, ni la celebración de los contratos, se marginó por completo de los trámites contractuales y se limitó a firmar lo que era sometido a su consideración, como él mismo lo admite, es decir, obró con culpa grave, pues con esa actitud pasiva sin duda facilitó la realización de actos corruptos y la pérdida de recursos públicos.”²²⁶

Estas consideraciones resultan de vital importancia para este estudio, ya que evidencian la relación entre la delegación y el fenómeno de corrupción, toda vez que se pretendió excusar la responsabilidad del Representante presidente de la Cámara en que había efectuado un acto de delegación, argumento que no encontró asidero en la Sala ya que se demostró que se incurrió en culpa grave, evento en que de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-372 de 2002 y C-693 de 2008 no opera la exención de responsabilidad del delegante, tal y como lo destaca la Sala de Casación Penal en la sentencia que nos ocupa:

“Pero aún, si en gracia de discusión se conviniera con la defensa en cuanto a la existencia del acto de delegación respecto de funciones privativas a cargo del Presidente de la Cámara de Representantes, ello tampoco comporta los efectos que se plantean en cuanto, como ya se ha dicho, la delegación no exonera de responsabilidad al

²²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Proceso 18029, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez,...

representante legal de la entidad en cuanto a los deberes de control y vigilancia de los actos delegados, tópico acerca del cual se pronunció recientemente la Corte Constitucional, para reiterar precedentes anteriores, así:

“[...] 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 de responsabilidad subjetiva consagrada en el 124 ibidem, 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...”^{227[42]}²²⁸.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia deja clara su posición sobre la exención de responsabilidad que cobija al delegante por mandato del artículo 211 Constitucional, siendo enfática en sostener que bajo ningún precepto esta puede ser absoluta y que se encuentra sometida a las características propias de cada caso.

4.5. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 2 de diciembre de dos mil ocho.

En esta sentencia se condena al ex Gobernador de Boyacá y a su Secretario General por los delitos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación por la ausencia de términos de referencia, la omisión de la licitación y sobre costos en una suma superior a los

^{227[42]} Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Proceso 18029, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez,...

\$100'000.000, todo esto en contratos relacionados con la adquisición de libros para el departamento, veamos lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema:

“Los acontecimientos por los cuales fueron llamados a responder en juicio los doctores ÉDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR y MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR se contraen a las presuntas irregularidades detectadas durante el trámite y celebración de los contratos 175 y 176 del 23 de diciembre de 2002, cuyos objetos consistieron en la adquisición de enciclopedias, diccionarios, libros y manuales con destino a las bibliotecas de los establecimientos educativos de varios municipios de Boyacá.

En criterio del ente investigador, las anomalías se evidenciaban, entre otras, en la ausencia de términos de referencia, la omisión de la licitación y los sobre costos en suma superior a los \$100'000.000; aspectos éstos que edifican los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, agravado por la cuantía.”²²⁹

En este caso, si bien estaba demostrado que existió un acto de delegación inicial, los funcionarios condenados reasumieron la competencia suscribiendo los actos administrativos cuestionados por la justicia, así lo expuso la Corte al considerar que:

“Es claro igualmente que en el presente caso no se presentó la figura de la delegación a que hace referencia el artículo 12 idem, como quiera que MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ y EDGAR IGNACIO SAINA, fueron quienes, en su orden, suscribieron las invitaciones y celebraron los contratos cuestionados.

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 2008. M.P. : Alfredo Gómez Quintero..

De esta manera puede concluirse que los doctores MIGUEL ANGEL BERMUDEZ y EDGAR IGNACIO SAINEA ostentaban la calidad de servidores públicos y en esa calidad les correspondía celebrar los contratos estatales efectuados con cargo a los recursos del departamento que regentaban, con lo cual se cumple el primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, dado que se está ante un tipo penal de sujeto activo calificado”²³⁰.

Vemos cómo se denota la importancia de la posibilidad que tiene quien delega de reasumir las funciones delegadas, ya que de acuerdo a lo expuesto en esta jurisprudencia se demuestra que bajo ninguna circunstancia puede considerarse que el delegante se exima de responsabilidad, toda vez que el reasumir la competencia implica de forma automática el reasumir la responsabilidad.

4.6. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del once de noviembre de dos mil nueve.

Mediante esta sentencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ocupó del caso del Gobernador del Departamento del Cesar, quien fue juzgado por la suscripción de: *“actos administrativos tuvieron como finalidad suscribir 101 contratos relacionados con el sector educativo, por la suma de \$9.680’620.317.00, en cuyo trámite, celebración y liquidación se incumplieron sistemáticamente los requisitos legales exigidos para tales efectos, atinentes a los principios de planeación, transparencia, selección objetiva, responsabilidad y economía, entre otros”²³¹.*

²³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 2008. M.P. : Alfredo Gómez Quintero.

²³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Proceso 31190, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

En este proceso, la Corte reconoce que la delegación fue precisamente un instrumento para la comisión de delitos contra la Administración pública:

“Estima la Fiscalía que a través de la figura de la delegación recaída sobre Wilson Molina Jiménez, Secretario de Educación y Cultura, y William Cortés Rincón, Secretario de Hacienda del Departamento del Cesar, respectivamente, LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, mediante acto administrativo, hizo que tales funcionarios suscribieran una orden de trabajo y 82 contratos cuyo pago se dispuso realizar con las apropiaciones presupuestales irregulares antes descritas, con el fin de obtener beneficios políticos para los candidatos a representar el movimiento político “El Golpe” en los comicios para Gobernador del Cesar y Alcalde Valledupar, liderado por el procesado.

Se asegura que el delegante conservaba sus precisos deberes de coordinación, vigilancia, control, información y seguimiento de la actividad delegada, por eso no opera el principio de confianza, y el hecho de que hubiera omitido denunciar penalmente y disciplinariamente a su subalterno Wilson Molina Jiménez no explica la presunta ignorancia y la falta de conocimiento técnico en materia presupuestal y de contratación que alega, pues un período anterior había sido Gobernador.

A pesar de que el acusado no suscribió todos estos contratos, la responsabilidad gravita sobre él porque fue quien eligió a los subalternos en quienes delegó la firma y porque omitió los deberes de vigilancia y control que tenía como garante”²³².

Esta sentencia nuevamente reafirma lo expuesto sobre la responsabilidad del

²³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Proceso 31190, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

delegante en materia de delitos contra la administración pública y deja claro que esta figura no opera para eximir de responsabilidad a este actor, ya que depende de las circunstancias específicas del caso en estudio.

4.7. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veintiuno de junio de dos mil diez.

En esta providencia se condena al Gobernador del Chocó por haber contratado directamente con una cooperativa privada la construcción de un acueducto a través del mecanismo de contratación interadministrativa²³³. Esta jurisprudencia cobra relevancia porque en materia de delegación se señala que si bien la contratación estaba delegada en la oficina de planeación, era deber del gobernador vigilar y supervisar el rol de los subalternos, por lo cual, la Sala consideró que:

“La alegada actuación de buena fe por parte del procesado, sustentado en el principio de confianza, no tiene asidero probatorio, toda vez que dentro de las obligaciones legales y

²³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de junio de 2010. Proceso 30677: “A través del Fondo Nacional de Regalías, el Departamento del Chocó logró que se le asignaran los recursos para la construcción del acueducto Yuto, cabecera del municipio de Atrato, por el valor de ochocientos noventa y tres millones quinientos ochenta y ocho mil novecientos sesenta y seis mil pesos con cuarenta centavos -\$893’588.966,40-.

El 26 de junio de 2002, WILLIAM HALABY CÓRDOBA, en su condición de Gobernador del Departamento de Chocó, mediante la modalidad de contratación directa suscribió un Convenio Interadministrativo con el representante legal de la Cooperativa Multiactiva de Técnicos Constructores Ltda. COODECONTEC-, Héctor José López Ocampo, cuyo objeto era la ejecución del proyecto para la construcción del sistema de acueducto de Yuto-Atrato, por el valor antes mencionado.

Convenio Interadministrativo que, aproximadamente cinco meses después, el Gobernador del Chocó anuló, a través de la resolución N° 1526 de 5 de noviembre de 2002, al advertir que la entidad contratista - COODECONTEC- era de carácter privado y no una cooperativa conformada por asociaciones de municipios y, además, carecía de la idoneidad y experiencia necesarias para la ejecución del objeto contractual.

Dicha actuación dio lugar para que la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública iniciara investigación disciplinaria en contra de HALABY CÓRDOBA, remitiendo copia al despacho del señor Fiscal General de la Nación, quien el 21 de noviembre de 2006 dispuso la apertura de investigación previa, con fundamento en aquellos acontecimientos”.

constitucionales del ordenador del gasto y representante legal del departamento, está el deber de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad en aquellos casos que por delegación o descentralización de funciones, corresponda a los subordinados llevar a cabo trámites previos a la adjudicación de los contratos.

Mucho menos deducir la buena fe en la firma del contrato, de la decisión posterior que tuvo de decretar la nulidad del convenio interadministrativo, toda vez que la emisión del acto administrativo se presentó, porque el acto fue criticado por los interventores europeos que advirtieron, precisamente, la irregularidad manifiesta allí contenida y su aval era necesario para continuar con el proyecto”²³⁴.

Así las cosas, se denota nuevamente que la delegación de funciones es desnaturalizada y pretende ser utilizada como defensa judicial para evadir la responsabilidad del delegante, ya que se pretende plantear que el simple hecho de transferir las funciones exime de responsabilidad al funcionario, cuando lo que se busca es cometer actos de corrupción y sea el delegatario quien asuma dicha responsabilidad.

4.8. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del dieciséis de septiembre de dos mil diez.

Mediante esta reciente jurisprudencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó al ex Gobernador del Departamento de Arauca por haber utilizado recursos del departamento para la financiación del grupo terrorista E.L.N.²³⁵. Es de interés para este estudio que el gobernador tenía la costumbre

²³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de junio de 2010. Proceso 30677.

²³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Proceso 26680. M.P.: Alfredo Gómez Quintero: Desde el año 1980, la organización subversiva autodenominada

de delegar la fase precontractual de los contratos en los Secretarios del Despacho, pero a juicio de la Corte no procedía la exención de responsabilidad ya que se demostró que los delegatarios habían actuado bajo designios²³⁶ del Gobernador.

ejercito de liberación nacional –e.l.n.- creó el frente “domingo laín sáenz” en el departamento de Arauca, con el propósito fundamental de obtener recursos económicos a través del secuestro y la extorsión que en principio afectó a las compañías petroleras radicadas en aquella zona del país, actividad que se incrementó a partir de 1982 en el sector de Caño Limón; posteriormente el frente subversivo extendió sus acciones a los agricultores y ganaderos del departamento.

De manera progresiva, para los años noventa, especialmente a partir de 1992 el grupo insurgente se especializó en el apoderamiento de los dineros públicos a través de la contratación oficial, y para ello infiltró a miembros de la organización en las administraciones departamentales del Arauca (alcaldías, gobernación, gerencias de institutos descentralizados) contando con el apoyo de contratistas vinculados a la región, pero igualmente afectos a la organización subversiva.

La investigación se fundamentó en que fue LOZANO FERNÁNDEZ uno de aquellos miembros del grupo armado ilegal que se desempeñó primero como Alcalde de Saravena, después como diputado a la Asamblea Departamental del Arauca, posteriormente como Gobernador del Departamento para el periodo constitucional 1995 – 1997 y finalmente accedió al cargo de congresista (Representante a la Cámara).

El proceso da cuenta que de manera sucesiva, el e.l.n. logró infiltrar adeptos a la Gobernación de Arauca, así: Alfredo Colmenares Chia (fallecido) en el período constitucional 1992 – 1995; JOSÉ VICENTE LOZANO FERNÁNDEZ (período constitucional 1995 – 1997); Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán (Periodo constitucional 1998 – 2000, sentenciado por aceptación de cargos según lo informara el fiscal en la audiencia de juzgamiento) y Héctor Federico Gallardo (Periodo constitucional 2001 – 2003; condenado por sentencia del 23 de junio de 2009 del Tribunal de Arauca, aportada por la defensa).

La acusación contra LOZANO FERNANDEZ se contrae a que accedió a los cargos de alcalde de Saravena, Diputado a la Asamblea y Gobernador del Departamento, gracias a la promoción que recibió del grupo armado ilegal, y porque una vez posesionado destinó fondos públicos a promover y a favorecer a la agrupación subversiva, empleando entre otros métodos, el mecanismo de privilegiar a la organización insurgente a través de la contratación pública^{235[1]}.

²³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Proceso 26680. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE QUIEN DELEGA FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.

La legislación y la jurisprudencia han venido limitando paulatinamente la exclusión de responsabilidad del delegante con base en argumentos empíricos más que en fundamentos legales. La utilización de delegación para consumir actos de corrupción o para promover el abandono total de las competencias de una entidad por algunos directores han convertido en regla la excepción y han ampliado indiferenciadamente la responsabilidad del delegante con base en criterios tan amplios y difusos como la existencia de deberes de vigilancia y control.

En la práctica, muchos directores de entidades públicas han renunciado a aplicar la delegación, pues en muchos casos están respondiendo por los actos del delegatario y por ello en muchos casos la delegación ha dejado de ser una herramienta para aumentar la eficiencia de la administración pública y se ha convertido en un verdadero obstáculo para los servidores públicos.

Por lo anterior, el presente estudio pretende aportar criterios concretos para delimitar la responsabilidad del delegante fundados en una figura reconocida desde hace varias décadas en el derecho sancionatorio como es el principio de confianza, el cual presenta ventajas importantes, pues evita la irresponsabilidad absoluta del delegante pero a su vez permite que el mismo pueda exonerarse de responder por los actos del delegatario cumpliendo unas exigencias puntuales.

1. Aproximación al análisis del principio de confianza

1.1. Origen y concepto del principio de confianza

El principio de confianza fue desarrollado por la jurisprudencia penal alemana²³⁷ y consiste en que: *“quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario”*²³⁸. En este sentido: *“todo participe en el tráfico que cumpla con las normas del mismo puede esperar también lo mismo de los restantes sujetos que participen en dicha actividad”*²³⁹.

Inicialmente, este principio fue elaborado por la jurisprudencia en relación con los delitos cometidos en el tráfico automotor: *“un sujeto que interviene en el tránsito y que se comporta él mismo conforme a las reglas, regularmente puede esperar que también harán eso los demás intervinientes”*²⁴⁰. Sin embargo, paulatinamente se ha venido extendiendo su aplicación a otras conductas que impliquen división y especialización del trabajo²⁴¹.

²³⁷ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1005; ANARTE BORRALO, E. Causalidad e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estructura. Realciones y Perspectivas. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva, 2002. Pág. 297.

²³⁸ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1005

²³⁹ CASTRO CUENCA, C; HENAO CARDONA L. F.; BALMACEDA HOYOS, G. Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Ediciones Jurídicas de Santiago – Ibáñez. Bogotá, 2009. Pág. 222-223.

²⁴⁰ STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible. Aranzadi. Pamplona, 2005. pág. 436.

²⁴¹ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 166 – 167: *“Fuera del ámbito del tráfico viario, el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades. Así, por ejemplo, con respecto a la actividad médica suele afirmarse que, dado el alto grado de especialización que se ha llevado unido al desarrollo de la medicina y dada la necesidad de establecer una división del trabajo o un reparto de tareas, carece de sentido exigir a cada sujeto que esté pendiente en todo momento de lo que hagan los demás para que cada interviniente pueda tener asignada una tarea y pueda llevarla a cabo con el suficiente grado de atención, es necesario que se reconozca con carácter general la posibilidad de confiar y no se imponga un deber de cuidado sobre la actuación de los terceros. Un razonamiento parecido es el que se ha seguido para justificar el reconocimiento del principio de confianza en otros ámbitos de actuación en los que también se produce una división del trabajo, como*

En este sentido, Jescheck considera que este principio es un criterio jurisprudencia adoptado como las reglas generales dentro de los deberes de cuidado exigibles en ciertas circunstancias como la división del trabajo que tiene lugar en algunas profesiones²⁴².

Por lo anterior, se sostiene que el principio de confianza permite la delimitación de los diferentes ámbitos de responsabilidad o la atribución a un ámbito de responsabilidad ajeno²⁴³ y por ello se puede aplicar a diversos campos, tales como: la circulación²⁴⁴, la cooperación con división del trabajo²⁴⁵ y respecto de delitos dolosos de otros²⁴⁶.

ocurre por ejemplo en el ámbito laboral o en el ámbito de la elaboración y distribución de productos destinados al consumo. Quienes defienden la posibilidad de aplicar el principio de confianza en estos otros ámbitos de actuación destacan igualmente la importancia que tiene realizar un reparto de tareas y permitir que, por lo general, cada uno de los participantes se ocupe de su propia tarea y no tenga que cuidar de lo que hagan los demás. El planteamiento, en realidad, es semejante al que se realiza en relación con la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario. Se trata de destacar la importancia que tiene para el ejercicio de la actividad el hecho de que los participantes no estén obligados a estar pendientes de los errores de los terceros, con la particularidad de que en estos otros ámbitos de actuación, sobre todo en el ámbito de la medicina, se tiende a pensar que la división del trabajo puede contribuir también a garantizar la seguridad de las personas. Lo característico de ésta fundamentación del principio de confianza es que contrapone el interés en permitir el desarrollo de la actividad y el interés en exigir un mayor deber de cuidado para proteger la vida o la integridad de las personas. De hecho, al igual que con respecto al argumento basado en la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico, unas de las objeciones que se realizan a esta fundamentación es que no explica por qué se permite la confianza cuando la actividad con división de trabajo no da lugar a una situación jurídicamente deseada.”

²⁴² JESCHECK, H – H / WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, 2001. Pág. 608: “Además, si se conduce a la jurisprudencia a adoptar como punto de partida la vertiente objetiva de la imprudencia, se consigue que aquélla formule por medio de reglas generales los deberes de cuidado exigibles en determinadas situaciones (vid., por ejemplo, el principio de confianza en el tráfico viario o en la división del trabajo que tiene lugar en algunas profesiones). Finalmente, los criterios objetivos de la imprudencia contienen el reconocimiento de un límite superior de la responsabilidad que recorta las demandas desorbitadas que se dirigen hacia el individuo, sirviendo con ello al principio de igualdad.”

²⁴³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Colección de Criminología y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. Pág. 333.

²⁴⁴ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1004.

²⁴⁵ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1005.

²⁴⁶ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

Dentro de la primera de las categorías citadas, es decir el derecho penal de la circulación, y sobre la cual se afirma es el campo donde ha sido reconocido el principio de confianza, el profesor Roxin sostiene que: *“En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.”*²⁴⁷

En el campo de la cooperación con división de trabajo, el maestro Roxin desarrolla el ámbito de la actuación médica, y manifiesta que el BGH ha reconocido que los médicos especialistas que intervienen en una operación: *“pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad”*²⁴⁸.

Sobre el principio de confianza respecto de delitos dolosos de otros, considera el mismo Roxin que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos²⁴⁹, por lo que sostiene que nos encontramos frente a uno de los presupuestos del riesgo permitido²⁵⁰, que es el riesgo necesario para vivir en sociedad, sobre lo que anota: *“Esto rige también con carácter general: si se debiera prescindir de ofrecer a otros ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible que si se renunciara al tráfico automovilístico. En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza*

²⁴⁷ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1005.

²⁴⁸ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

²⁴⁹ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

²⁵⁰ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

*ofrece también en este terreno.”*²⁵¹

Por su parte, Jakobs plantea el principio de confianza como uno de los supuestos de exclusión de la imputación objetiva, y lo desarrolla en los siguientes términos:

*“A. El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar —en una medida aún por determinar— en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar). El principio de confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad 92 de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.”*²⁵².

De esta manera, el principio de confianza constituye un criterio normativo que excluye la imputación en Derecho penal a través del cual se puede individualizar este tipo de responsabilidad²⁵³.

²⁵¹ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

²⁵² JAKOBS, G. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras Y José Luis Serrano González De Murillo 2.a edición, corregida. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid, 2003. Págs. 253-254.

²⁵³ FRISCO, W.: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, C. F.

En Colombia, el principio de confianza como axioma general fue reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de marzo de 1998, donde la Sala de Casación Penal sostuvo que: *“El desenvolvimiento de las relaciones sociales implica, necesariamente, un mínimo de confianza entre los asociados y de estos con la autoridad pública; de ello depende la coexistencia pacífica y la legitimidad y obligatoriedad de los actos que la administración expida, siendo precisamente a esos propósitos que la Constitución Política establece que ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’”*.²⁵⁴

Sobre este aspecto se puede concluir que la jurisprudencia de esta misma corporación ha señalado que tal principio de confianza opera en una comunidad determinada de interrelación, cuando quien realiza el riesgo tolerado conforme a las normas que disciplinan la actividad correspondiente puede esperar que quienes intervienen en el tráfico jurídico también observen a su vez las reglas pertinentes, de modo que no se le puede imputar un resultado antijurídico en desarrollo de la actividad riesgosa permitida conforme al deber de atención, si en ésta interfiere un tercero que desatiende la norma de cuidado que le es exigible, o si a pesar de no atender la norma de cuidado esta desatención no fue determinante en tal producto, sino la injerencia, dolosa o culposa, de ese tercero²⁵⁵.

1.2.Fundamento del principio de confianza

Desde su creación jurisprudencial se han presentado varias teorías sobre el

²⁵⁴ Santa Fe de Bogotá D. C., 17 de marzo de 1998.

²⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

fundamento y la naturaleza jurídica del principio de confianza, las cuales deben consultarse para determinar si es posible aplicarlo a la delimitación de la responsabilidad por actos realizados en virtud de la delegación de funciones:

En primer lugar, el profesor Jakobs destaca la importancia de este principio para el funcionamiento de la sociedad y para determinar la posibilidad de imputar una conducta típica. Así las cosas, destacando lo relevante del principio de confianza sostiene que:

“Estas y otras divisiones del trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones; el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce un principio de confianza.”²⁵⁶

Similar posición sostiene Maraver Gómez, para quien el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades²⁵⁷.

²⁵⁶ JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997. Pág. 219.

²⁵⁷ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 166 – 167: 3.4 La necesidad de permitir la división del trabajo o el reparto de tareas

“Fuera del ámbito del tráfico viario, el principio de confianza se ha querido fundamentar destacando la importancia que tiene la división del trabajo en el ejercicio de determinadas actividades. Así, por ejemplo, con respecto a la actividad médica suele afirmarse que, dado el alto grado de especialización que se ha llevado unido al desarrollo de la medicina y dada la necesidad de establecer una división del trabajo o un reparto de tareas, carece de sentido exigir a cada sujeto que esté pendiente en todo momento de lo que hagan los demás para que cada interviniente pueda tener asignada una tarea y pueda llevarla a cabo con el suficiente grado de atención, es necesario que se reconozca con carácter general la posibilidad de confiar y no se imponga un deber de cuidado sobre la actuación de los terceros. Un razonamiento parecido es el que se ha seguido para justificar el reconocimiento del principio de confianza en otros ámbitos de actuación en los que también se produce una división del trabajo, como ocurre por ejemplo en el ámbito laboral o en el ámbito de la elaboración y distribución de productos destinados al consumo. Quienes defienden la posibilidad de aplicar el principio de confianza en estos otros ámbitos de actuación destacan igualmente la importancia que tiene realizar un reparto de tareas y

Por lo anterior, es claro que el primer fundamento del principio de confianza para este sector de la doctrina es la delimitación de la responsabilidad en el juicio de imputación respecto de una conducta, por lo cual se constituye en un instrumento muy importante para la determinación de la responsabilidad en cualquier rama del ordenamiento jurídico que tenga como cimiento el principio de culpabilidad.

En segundo lugar, en una visión más restringida, Roxin considera que el principio de confianza excluye la imputación objetiva en los delitos imprudentes por el no aumento del riesgo permitido al existir una delimitación de las competencias que niega la infracción del deber de quien respeta las normas del tráfico y confía en que los demás también lo hagan²⁵⁸.

En tercer lugar, la doctrina señala que el principio de confianza: *“viene a ser una especie de premio por la buena conducta, de manera que el sujeto que no actúa correctamente no está legitimado para confiar. Ello se justificaría no sólo por razones de justicia e igualdad, sino también por el deseo de incentivar un tráfico disciplinado”*²⁵⁹.

permitir que, por lo general, cada uno de los participantes se ocupe de su propia tarea y no tenga que cuidar de lo que hagan los demás. El planteamiento, en realidad, es semejante al que se realiza en relación con la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico viario. Se trata de destacar la importancia que tiene para el ejercicio de la actividad el hecho de que los participantes no estén obligados a estar pendientes de los errores de los terceros, con la particularidad de que en estos otros ámbitos de actuación, sobre todo en el ámbito de la medicina, se tiende a pensar que la división del trabajo puede contribuir también a garantizar la seguridad de las personas. Lo característico de ésta fundamentación del principio de confianza es que contrapone el interés en permitir el desarrollo de la actividad y el interés en exigir un mayor deber de cuidado para proteger la vida o la integridad de las personas. De hecho, al igual que con respecto al argumento basado en la necesidad de favorecer la fluidez del tráfico, unas de las objeciones que se realizan a esta fundamentación es que no explica por qué se permite la confianza cuando la actividad con división de trabajo no da lugar a una situación jurídicamente deseada.”

²⁵⁸ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1005

²⁵⁹ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 122 – 123.

En cuarto lugar, cabe destacar que en Alemania *Tiedemann* encuentra que el principio de confianza y la delegación no deben analizarse necesariamente en la imputación, sino en la autoría cuando se determina si existe un dominio vertical de la organización²⁶⁰.

En este sentido, para *Tiedemann*, el principio de confianza y la delegación deberán ser analizadas para establecer si el directivo puede ser considerado como un autor mediato a través del dominio de la voluntad de sus subalternos, o si por el contrario el vínculo de relación jerárquico se romperá al establecerse la responsabilidad individual y única del ejecutor directo al aplicarse el principio de confianza²⁶¹.

En cuarto lugar, Stratenwerth señala que el principio de confianza está fundando en el principio de autoresponsabilidad, según el cual: *“el ámbito de responsabilidad del individuo se «limita básicamente a su propio actuar y sólo en caso de circunstancias especiales abarca también el actuar de otros», con la consecuencia de que, como regla, no hay por qué tomar en cuenta la posibilidad del actuar descuidado y n o precavido de otros”*²⁶².

En este sentido, Stratenwerth señala que el principio de confianza es una herramienta para delimitar los ámbitos de responsabilidad, aunque limita su aplicación únicamente a los delitos imprudentes²⁶³.

²⁶⁰ TIEDEMANN, K. Derecho penal económico. Grijley. Lima, 2009. Pág. 229.

²⁶¹ TIEDEMANN, K. Derecho penal económico. Grijley. Lima, 2009. Pág. 229.

²⁶² STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible. Aranzadi. Pamplona, 2005. Pág. 437.

²⁶³ STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible. Aranzadi. Pamplona, 2005. Pág. 437.

En el campo jurisprudencia encontramos que sobre el fundamento del principio de confianza, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el mismo se sustenta y tiene su origen en la división del trabajo que implica la complejidad de las relaciones sociales actuales que implica la especialización de las funciones de todos los individuos que participan en determinada actividad, veamos lo sostenido por la Corte:

“Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida” (sentencia de única instancia, 21 de marzo del 2002, radicado 14.124)”²⁶⁴.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el principio de confianza es un criterio de la imputación objetiva para individualizar la conducta, por lo cual sostiene que:

“Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

*concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es "obra suya", o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado" (artículo 9o.)"*²⁶⁵.

Adicionalmente, para esta misma Corporación el principio de confianza se convierte en un mecanismo para delimitar los ámbitos de competencia y sobre el particular ha sostenido que: *"Si se quisiera ir mas allá, podría también decirse que "actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia"..."*²⁶⁶

En consecuencia puede señalarse que el principio de confianza es plenamente aplicable para la delimitación de los ámbitos de responsabilidad en la delegación, pues esta última se funda precisamente en la división de trabajo y en la necesidad de que al interior de la administración pública se presente una especialización de funciones.

1.3. Críticas a la aplicación del principio de confianza

²⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Las críticas formuladas al principio de confianza por un sector de la doctrina no son ontológicas sino sistemáticas, pues lo que se cuestiona no es la existencia del mismo sino su aplicación como un criterio autónomo para determinar excluir la responsabilidad, prefiriéndose señalar que el mismo es un criterio de restricción de la imprudencia o de la autoría.

Curiosamente uno de los mayores críticos del principio de confianza es Frisch, quien a su vez es uno de los principales defensores de la teoría de la imputación objetiva. En este sentido, para Frisch el principio de confianza es el fundamento de que no puedan desaprobarse determinadas conductas pero no una figura autónoma a través de la cual se pueda excluir la responsabilidad²⁶⁷.

En este sentido, considera que el principio de confianza simplemente es un aspecto que debe analizarse en el juicio de ponderación que implica que la imposición de deberes adicionales de vigilancia sobre la conducta de terceros podría ser desproporcionada e innecesaria frente a la libertad de acción en materia penal.

Por su parte, Luzón Peña en su Curso de Derecho Penal Parte General, al realizar la delimitación del ámbito de la imputación objetiva²⁶⁸ plantea que no comparte la tesis que considera que si existe una actuación amparada en el principio de confianza no podrá haber imputación del resultado, por lo que sostiene:

“2. No son compartibles algunas tesis que propugnan ampliar desmedidamente el

²⁶⁷ FIRSCH, W. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. Madrid, 2004. Pág. 208.

²⁶⁸ LUZÓN PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996. Pág. 386.

concepto de imputación objetiva incluyendo en el mismo los requisitos de la autoría, entendiendo que en ésta se trata de imputar al autor el hecho como obra suya, o los requisitos de la propia imprudencia, como la infracción del deber y de la norma de cuidado (por lo que v.gr. no habría imputación objetiva si la acción se puede amparar en el «principio de confianza»), o que consideran también como criterios de exclusión de la imputación objetiva a la adecuación social (que constituye una causa de atipicidad o de justificación: cfr. infra Cap. 20) o al riesgo permitido (que es una causa de justificación: cfr. infra Caps. 21, 24, Secc. I.” II), en estos últimos casos por considerar que no se da el pretendido requisito (para la imputación objetiva) de un «riesgo jurídicopenalmente relevante» o de un «riesgo jurídicamente desaprobado».”²⁶⁹

A pesar de compartir los postulados que se han venido planteando en torno al principio de confianza lo describe como un desarrollo jurisprudencial²⁷⁰ y comenta las tesis que sostienen que debe ampliarse a nuevos ámbitos como causal de exclusión de la imputación de la responsabilidad. Sobre este aspecto manifiesta que:

“Un sector doctrinal quiere aplicar tb. el principio de confianza a casos de trabajo en equipo con funciones en parte coordinadas y en parte jerarquizadas, como en el caso de las intervenciones quirúrgicas o en la construcción, elaboración y ejecución de proyectos

²⁶⁹ LUZÓN PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996. Pág. 387.

²⁷⁰ “2) Una manifestación concreta del riesgo permitido la constituye el principio de confianza. En virtud del mismo, desarrollado por la jurisprudencia alemana y española —seguidas por buena parte de la doctrina— fundamentalmente para el campo de la circulación, todo conductor que actúe con la debida diligencia (aunque parte de jurisprud. y doc. quieren admitírselo también aunque infrinja el cuidado objetivamente debido) puede confiar en principio en que los demás participantes en el tráfico se comportarán a su vez con el cuidado debido, a no ser que en virtud de circunstancias del caso concreto deba tener motivos para pensar lo contrario *^: o porque ya se vea que otra persona comienza a actuar imprudentemente, o porque en virtud de lo que el TS llama «principio de defensa» los otros participantes en el tráfico sean personas de las que por experiencia cabe esperar reacciones o conductas anormales o descuidadas, como niños, ancianos, incapacitados o personas ebrias (máxime si intervienen como peatones o ciclistas, que están más desprotegidos).” LUZÓN PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996. Pág. 504-505.

de ingeniería o arquitectura, etc. Ello parece más viable respecto de las relaciones de coordinación, en que se puede confiar en la actuación prudente de otros miembros del equipo si no hay motivos suficientes para sospechar lo contrario; pero en cuanto a los superiores respecto de los subordinados hay que introducir tantas matizaciones —que el superior cuente con una buena selección y formación de los inferiores, que coordine bien su labor y supervise lo suficiente su actuación—, que queda un margen muy reducido para el principio de confianza.”²⁷¹

De esta manera, para el profesor Luzón Peña, el principio de confianza no podrá remplazar otros criterios fundamentales en materia de autoría que sirven para el análisis de los eventos de división del trabajo como el dominio del hecho y solamente podrá ser un criterio de análisis para el estudio de los delitos imprudentes en los cuales exista una coordinación.

Sin embargo, esta crítica a la aplicación del principio de confianza desconoce que la teoría de la autoría y la participación sirve para la delimitación de la aplicación de la calidad de autor, mas no para excluir la responsabilidad, por lo cual se restringiría demasiado la aplicación de los criterios del principio de confianza si se circunscriben a la autoría, pues no podría excluirse de responsabilidad al sujeto y tendría que imputársele la conducta en calidad de partícipe.

2. Requisitos del principio de confianza y su aplicación respecto de la delimitación de la responsabilidad del delegante

La aplicación del principio de confianza exige una serie de requisitos que también establecen criterios muy interesantes para el análisis de la exclusión de

²⁷¹ LUZÓN PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996. Pág. 505.

la responsabilidad cuando se haya presentado un acto de delegación, veamos cuales son:

2.1.Cumplimiento de las normas de la actividad.

En primer lugar, se requiere que el sujeto que pretende la aplicación del principio de confianza haya obrado correctamente en el desarrollo de su actividad, aspecto sobre el que Maraver Gómez sostiene que: *“De acuerdo con esta formulación, la primera de las limitaciones o excepciones con las que cuenta la posibilidad de confiar se deriva de la exigencia de que el sujeto que quiere hacer uso de esta posibilidad se comporte a su vez correctamente. Actualmente, ello es reconocido, con algunas matizaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”*²⁷².

Sobre este requisito, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el primer elemento necesario para que se configure el principio de confianza es que el sujeto haya actuado correctamente, por lo que considera:

*“Desde sus orígenes, el principio de confianza establece que el sujeto que se comporta correctamente puede confiar en que los demás también se comporten correctamente, salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso concreto. De acuerdo con esta formulación, la primera de las limitaciones o excepciones con las que cuenta la posibilidad de confiar se deriva de la exigencia de que el sujeto que quiere hacer uso de esta posibilidad se comporte a su vez correctamente. Actualmente, ello es reconocido, con algunas matizaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”*²⁷³.

²⁷² MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 121.

²⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

La misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en otra sentencia señaló:

“El que obra descuidadamente no podrá invocar el principio de la confianza. Y esto es así porque la elevación del peligro de la producción del resultado, fundamenta la responsabilidad cuando el peligro, cualquiera sean las razones, se convierte en resultado. El principio de la confianza caracteriza el límite del deber de cuidado, pero no significa una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los otros”²⁷⁴.

En este sentido, en aquellos eventos en los cuales se analice la responsabilidad de los actos del delegante por actos del delegatorio deberá exigirse que el primero haya cumplido cabalmente con sus funciones, especialmente en la realización del acto de delegación. Por lo anterior, no es aplicable el principio de confianza para excluir la responsabilidad del delegante cuando el acto de delegación no cumpla con los requisitos contemplados en la ley o se realice respecto de un acto indelegable.

2.2. No indicios de la existencia de una conducta antijurídica.

En segundo lugar: *“sólo puede confiar en la conducta correcta de los terceros en la medida en que no haya circunstancias en el caso concreto que hagan pensar lo contrario”²⁷⁵.*

²⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 27 julio de 2006. Proceso 25536. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁷⁵ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 125 y 126: “El reconocimiento del principio de confianza también ha ido acompañado desde sus inicios de un segundo requisito o presupuesto de aplicación: el sujeto sólo puede confiar en la conducta correcta de los terceros *en la medida en que no haya circunstancias en el caso concreto que hagan pensar lo contrario*. En líneas generales, eso significa que la posibilidad de confiar queda excluida cuando en el caso concreto resulta claramente *previsible* que el tercero se va a comportar incorrectamente. Ésta es la limitación más antigua que conoce el principio de confianza, pues, como se vio al exponer su evolución en el ámbito del tráfico viario, este principio surgió para restringir el alcance de la previsibilidad. De la afirmación de que el sujeto debe cuidar de las previsibles conductas incorrectas de los terceros, se pasó a

Esta exclusión de la aplicación del principio de confianza terminaría con una de las controversias más importantes que se han presentado respecto del análisis de la exclusión de la responsabilidad en la delegación: cuando la misma es utilizada para la realización de un acto de corrupción, pues se ha afirmado en numerosas ocasiones que la delegación se ha utilizado para que el operador del gasto no responda por actos de corrupción que le ordena a sus subalternos.

Al respecto cabe señalar que en virtud de esta restricción, el principio de confianza no sería aplicable en aquellos eventos en los cuales el delegante haya ordenado dolosamente que el delegatario cometa un acto de corrupción, pues el principio de confianza no se aplica cuando: *“resulte evidente que va a realizar una conducta incorrecta”*²⁷⁶.

2.3. Deberes de vigilancia y control específicos

El principio de confianza se limita cuando: *“desde un primer momento, existe un deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero”*²⁷⁷. Al respecto, el profesor Jakobs no solo destaca la importancia del principio de confianza para el desarrollo de la sociedad, sino que plantea los límites generales²⁷⁸ de esta

la afirmación de que el sujeto sólo debe cuidar de tales conductas cuando resultan previsibles en atención a las circunstancias del caso concreto. De esta forma, la posibilidad de confiar con carácter general en la conducta correcta de los terceros empezaba a contar desde un primer momento con una limitación basada en las circunstancias del caso concreto; una limitación, que se ha mantenido hasta nuestros días y que hoy es comúnmente aceptada”²⁷⁵.

²⁷⁶ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 131.

²⁷⁷ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 137 – 140.

²⁷⁸ JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997. Pág. 219.

figura.

En este sentido: *“no podrá aplicarse el principio de confianza si la otra persona no tiene la capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad”*²⁷⁹ y cuando la función de uno de los intervinientes consiste precisamente en: *“compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente.”*²⁸⁰.

Sin embargo, de acuerdo a la opinión que se acoge en este estudio esta restricción no puede entenderse en el sentido de una limitación absoluta de la aplicación del principio de confianza cuando existen deberes de vigilancia y control, sino que en el evento de que los mismos se presenten deberá analizarse puntualmente su cumplimiento.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo a Stratenwert ha señalado que: *“Además, el principio de confianza no puede regir en la medida en que el deber de cuidado está dirigido, precisamente, a la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas”*²⁸¹. Así tenemos otra de las restricciones en la aplicación del principio de confianza que puede solucionar una de las mayores controversias que se han generado en relación con la exclusión de la responsabilidad del delegante, que es la eventual supervisión de los actos del delegatario.

²⁷⁹ JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997. Pág. 219.

²⁸⁰ JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997. Pág. 220.

²⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 27 julio de 2006. Proceso 25536. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Sobre esta restricción la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la misma se basa en el principio de seguridad y que este no puede aplicarse cuando existen deberes especiales de vigilancia y control, toda vez que:

“Al principio de confianza se opone, y prima sobre él, el principio de defensa, también conocido como principio de seguridad.

Este postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien en la actividad diaria está sujeto al principio de confianza, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos. Así, el conductor tenía que dar primacía a este principio y procurar, insistiendo al señor... que se hiciera en otro lugar que le propiciara seguridad, porque, no se olvide, era un ciudadano de elevada edad, estaba ebrio o tomado y que persistió en permanecer sentado casi que en la entrada del bus; o, si se quiere, más fácil: ya que se desplazaba con la puerta abierta, cerrarla para proteger a... No obstante, el guía del bus no hizo nada para ello”²⁸².

En este sentido, tal como se señaló en el segundo capítulo de esta tesis ha existido una fuerte tensión entre quienes manifiestan que la constitución es clara al excluir la responsabilidad del delegante por los actos del delegatario y aquellos que manifiestan que el delegante siempre conserva unos deberes de vigilancia y control. La Corte Constitucional ha solucionado este debate a favor de la segunda posición señalando que *“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*

²⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003. Proceso 16626. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

funciones”²⁸³.

Sin embargo, la Corte Constitucional no ha determinado como se deben cumplir estos deberes de vigilancia y control, por lo cual la doctrina del principio de confianza resulta muy útil para individualizar la responsabilidad del delegante en relación con los mismos.

Así las cosas, la doctrina ha elaborado dos tipos de deberes que deben analizarse al momento de establecer si el delegante tiene responsabilidad:

- Los deberes de selección, instrucción o coordinación, en este sentido: *“el sujeto que selecciona a las personas que van a formar parte de una determinada actividad tiene el deber de procurar que esas personas cuenten con esa capacidad técnica y personal necesaria para realizar la tarea que les va a ser asignada. Si el sujeto no comprueba esa capacidad, no podrá apelar al principio de confianza y será responsable de los resultados lesivos ocasionados por los terceros (culpa in eligendo)”*²⁸⁴.

En este sentido, debe reconocerse que el delegante tiene unos deberes de selección, instrucción o coordinación cuyo incumplimiento puede generarle responsabilidad:

En primer término el delegante debe seleccionar adecuadamente la autoridad en quien realiza la delegación, pues podrá existir una responsabilidad si escogió a una persona que no cuenta con la

²⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸⁴ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 140 – 141.

experiencia o conocimiento suficiente para cumplir con el acto delegado; por otro lado, también existirá una responsabilidad en cabeza del delegante si no dio las instrucciones suficientes al delegatario para el cumplimiento de la función delegada.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, por ejemplo, que no se puede aplicar el principio de confianza cuando se delega una función intransferible:

“No es posible alegar la vigencia del principio de confianza, cuando se trata de una función absolutamente intransferible, pues, por un lado, no existen constancias de que el Gobernador haya delegado la facultad de contratar en el caso examinado, y por el otro, sólo al funcionario le incumbía revisar la inhabilidad por tratarse de una razón de tipo subjetivo.”²⁸⁵

Igualmente, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia solamente podrá aplicarse el principio de confianza cuando se delegue la actuación en quien sea competente y habilitado para cumplir con el acto:

“Por último, recuérdese que tampoco puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta”²⁸⁶

²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Proceso 16837, M.P.: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 27 julio de 2006. Proceso 25536. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

En el mismo sentido, en una providencia anterior la Corte había sostenido que: *“Para que opere el principio de confianza, se parte de la base de que quienes conforman el engranaje administrativo son competentes, capacitados, habilitados para ejercer el cargo con responsabilidad, y he ahí algunas limitaciones que la doctrina le introduce a la mencionada regla.”*²⁸⁷

- Los deberes de vigilancia, control o supervisión: *“Con estos deberes se limita la posibilidad de confiar porque, al igual que ocurre con los deberes de selección, instrucción y coordinación, el sujeto no puede esperar a que se presenten en el caso concreto circunstancias que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente sino que ha de comprobar positivamente que no haya determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta de un tercero. Si el sujeto no cumple con estos deberes, no puede ampararse en el principio de confianza e incurre en responsabilidad a pesar de la infracción del tercero (culpa in vigilando)”*²⁸⁸.

En este caso, el delegante conserva algunos deberes de vigilancia y control generales sobre los actos del delegatario cuyo incumplimiento puede generar su responsabilidad. Sin embargo, estos deberes de vigilancia y control no se refieren a una supervisión específica sobre absolutamente todos los actos del delegatario, pues de lo contrario no tendría fundamento alguno realizar una delegación. Al respecto, debe señalar que la responsabilidad del delegante no se basa en la mera posibilidad de intervenir, sino en la existencia de especiales

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de Septiembre de 2001. Proceso 16837. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

²⁸⁸ MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 141 - 143

circunstancias y deberes de control, pues de lo contrario sería imposible que operara eficientemente la división del trabajo²⁸⁹.

Los deberes de vigilancia y control del delegante se refieren a una verificación general de la labor del delegatario, que incluso se puede cumplir a través de terceros, por lo cual si, por ejemplo, el delegante tenía asignado un supervisor especial de la labor del delegatario su deber se cumple con la revisión de los informes que éste último realice sobre las labores del primero.

En este sentido, Roxin plantea que solamente pueden exigirse estos deberes de vigilancia y control hasta el punto de que no se ponga en peligro los deberes propios de quien pretende la aplicación del principio de confianza:

“A quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división del trabajo; la directriz debe ser que incluso al más competente de los que colaboran sólo se le pueden imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo”²⁹⁰.

3. Consecuencias del principio de confianza.

²⁸⁹ STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible. Aranzadi. Pamplona, 2005. Pág. 437: “Sólo que tales deberes de control tampoco deben ser deducibles en forma general a partir de la previsibilidad de los errores de otros ni de la mera posibilidad de intervenir. Por tanto, el principio de confianza limita a su vez, cuando no están dadas *especiales* circunstancias, también los deberes de control. De otro modo, sería imposible, para dar un ejemplo, una eficiente división del trabajo”

²⁹⁰ ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007. Pág. 1006.

3.1. Consecuencias generales en la teoría de la responsabilidad

Como se ha señalado, el principio de confianza es un criterio fundamental para el análisis de la responsabilidad de aquellas personas que actúan en una actividad que implica una división del trabajo, sin embargo, la doctrina no tiene una posición unificada respecto de cuales son sus efectos concretos.

Anarte sostiene que la aplicación del principio de confianza es uno de los criterios que deben analizarse respecto de la imputación de la conducta, aunque el mismo no siempre pueda conducir a la exclusión de la responsabilidad penal:

“Aunque la vinculación del principio de confianza con la imputación objetiva es cuestionada, cabe reconocerle una doble vertiente: por un lado, en el supuesto de que quepa, pueda y deba esperarse de los demás un comportamiento conforme a Derecho, al sujeto que actúa correctamente no se le podrán imputar objetivamente; por otro, y sobre todo, si puede esperarse conforme a la situación concreta, porque existen datos concretos que apuntan en el sentido indicado, que un tercero no actuaría correctamente, se le imputaría objetivamente. Como es lógico, el correspondiente efecto no elimina la eventual entrada en juego de otros criterios de la imputación objetiva o en general otros presupuestos de la responsabilidad penal.”²⁹¹

Por su parte, Margarita Martínez Escamilla dentro de su obra apela al principio de confianza para justificar su posición sobre la imprevisibilidad de la conducta del tercero como factor determinante de la no responsabilidad por el resultado²⁹². En ese orden de ideas, la tesis de esta autora sobre este aspecto

²⁹¹ ANARTE BORRALO, E. Causalidad e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estructura. Realciones y Perspectivas. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva, 2002. Pág. 300.

²⁹² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Colección de Criminología y

consiste en:

“Esta es nuestra tesis: el primer autor no responderá nunca por consumación cuando el segundo factor causal determinante del resultado consista en el comportamiento doloso o imprudente de un tercero, ex ante imprevisible, y ello con independencia de si ésta constituye una imprudencia simple o temeraria.”²⁹³

Por lo anterior, para Martínez Escamilla es claro que la aplicación del principio de confianza elimina la responsabilidad en los delitos impudentes o culposos por ausencia de previsibilidad del resultado, sin embargo, evidentemente esta posición implicaría que no se aplicaría respecto de los delitos dolosos, posición que no se comparte, pues existen muchos delitos dolosos en los cuales el análisis del principio de confianza es fundamental para la individualización de la responsabilidad, tal como sucede en Colombia con los delitos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales o el peculado por apropiación.

Como quedó anotado, para soportar esta tesis la citada autora apela al principio de confianza donde tare a colación los postulados del Roxin y Rudolphi sobre el tema, destacando si los resultados finales están dentro del ámbito de quien actuó amparado en el principio de confianza, así las cosas Martínez Escamilla considera que:

“Roxin parece adoptar esta postura alegando la aplicación del principio de confianza o mejor, de una de sus manifestaciones: el principio de delimitación de los diferentes

Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid (año) Pág. 333.

²⁹³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Colección de Criminología y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. Pág. 333.

ámbitos de responsabilidad o principio de atribución a un ámbito de responsabilidad ajeno (412). Para este autor lo decisivo no es si el resultado final y la imprudencia misma del tercero pueden considerarse parte o no del curso normal de los acontecimientos, sino que «dichas consecuencias están dentro del ámbito de responsabilidad del primer actuante» (413). También RUDOLPHI plantea la posibilidad de acudir al principio de confianza en estos casos, aunque las conclusiones que defiende en el supuesto de su admisión nos parecen incomprensibles (414).”²⁹⁴

Por último, tenemos la posición de Jakobs, para quien el principio de confianza es un criterio de imputación objetiva aplicable a todos los delitos, es decir, tanto a delitos dolosos como a delitos imprudentes²⁹⁵,

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la aplicación del principio de confianza, el cual analiza como un criterio de la imputación objetiva relacionado con el riesgo permitido:

“Una circunstancia que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, es el denominado principio de confianza, en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia.

Seguramente, en ese principio tenía fe el finado y probablemente (el conductor) también esperaba comportamiento correcto de aquél, es decir, del usuario”.²⁹⁶

²⁹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Colección de Criminología y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. Pág. 333.

²⁹⁵ JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1997. Pág. 220

²⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

En este sentido, claramente el principio de confianza podría aplicarse para la Corte Suprema de Justicia respecto de todos los delitos en los cuales deba analizarse la imputación objetiva en los que exista una división del trabajo”²⁹⁷.

Sin embargo, en este entendido, existe una restricción al análisis del principio de confianza, pues si el mismo es un criterio de la imputación objetiva debe reconocerse que ambas figuras solamente son aplicables respecto de delitos de resultado según ha manifestado nuestra Corte Suprema de Justicia:

“1. Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es “obra suya”, o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” (artículo 9o.).

2. En casos como el analizado, la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal”²⁹⁸.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con la delegación, el principio de confianza es útil para el análisis de los delitos contra la administración pública que exijan un resultado, tal como sucede con las siguientes conductas punibles: peculado por apropiación, peculado culposo, peculado por aplicación oficial diferente, prevaricato por acción, prevaricato por omisión y celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Por otro lado, tampoco deberá existir duda alguna en que se puede aplicar el principio de confianza para el análisis de la responsabilidad fiscal, la responsabilidad patrimonial y la acción de repetición, pues estas exigen un resultado. La controversia más importante surge respecto de la aplicación del principio de confianza para el análisis de una falta disciplinaria ante lo cual cabe hacer las siguientes precisiones:

La construcción de las faltas disciplinarias no se orienta al resultado sino a la infracción de deberes funcionales respecto de la función pública, por lo cual el fundamento de la aplicación del principio de confianza no puede relacionarse con la inexistencia de un nexo de causalidad ni la imputación a un ámbito de responsabilidad ajena.

Sin embargo, existe todavía un criterio de los anteriormente señalados que podría implicar la aplicación del principio de confianza a algunas faltas disciplinarias: la previsibilidad del riesgo. En este sentido, Martínez Escamilla señala claramente que el principio de confianza descansa también sobre la imprevisibilidad de que otra persona no cumpla con las reglas de su actividad, derecho que tiene toda persona en una actividad que implique una división del trabajo. Por ello podría señalarse que en el derecho disciplinario la aplicación del principio de confianza se funda concretamente en la imprevisibilidad de

que el delegatario vulnere la ley.

3.2. Aplicación del principio de confianza por la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia ha analizado el principio de confianza en numerosas sentencias dentro de las cuales existen algunas particularmente relacionadas con esta figura. En este sentido, en la sentencia del 13 de octubre de 2004, la Corte Suprema de Justicia analizó el caso de un Gobernador que había delegado la facultad de contratar, veamos:

*“La Señora **Gladis Zarate Cárdenas** presentó denuncia penal en contra del para ese entonces Gobernador de San Andrés y Providencia, doctor A, con el objeto de que la Fiscalía determinara las posibles conductas delictivas cometidas en el trámite, celebración y ejecución de diversos contratos, entre ellos el número 119, suscrito el 12 de junio de 1995 con la firma EV, que tenía por objeto la construcción de una bodega para almacenar diversos materiales de construcción adquiridos por la Isla.*

Al Gobernador le fue planteada la necesidad de construir la instalación, que según cálculos valía 227.253.530 millones de pesos, suma que le obligaba a la administración a convocar a licitación pública; sin embargo, con el fin de evitar esos trámites y contratar directamente, se tomó como base el decreto 245 de abril 10 de 1995, mediante el cual se había declarado el estado de urgencia manifiesta para contratar “estudios, diseños y obras de los sistemas de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y tratamiento y disposición de aguas residuales.”

En el contrato se estableció un plazo de quince días para la entrega de la obra, que no se cumplió, como quiera que el 7 de septiembre y el 13 de octubre del mismo año, se prorrogó ese plazo, siendo que uno de los propósitos de la contratación, según la administración, era la urgencia de tenerla.

Ya iniciada la investigación, el Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación estimó que, tal y como un informe de la procuraduría lo hacía ver, la obra tenía un sobre costo de 62.737.379 de pesos, sobre los cuales el Gobernador no tuvo el cuidado debido para evitarle perjuicios a la administración”²⁹⁹.

En esta sentencia, la Sala Penal señaló que cuando no se delega la facultad de celebrar el contrato, sino solamente la de llevar a cabo las actuaciones precontractuales, el funcionario debe responder penalmente:

“Cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en este caso el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, sólo ha delegado en funcionario de menor rango (la junta de licitaciones) el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia.”³⁰⁰.

En similar sentido, la Corte expresó que no se podía aplicar el principio de confianza si no se presentó la delegación:

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 2004. Proceso 18911. M.P.: Mauro Solarte Portilla.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 20 de agosto de 2002. Proceso No 18679. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

“Si no hubo delegación, lo mínimo que le incumbía al servidor público que suscribe el contrato era identificar o reconocer al contratista, como corresponde a las reglas del manejo de bienes ajenos y como lo demuestra la experiencia acumulada de funcionarios que saben que no sólo van a comprometer el patrimonio público sino también su responsabilidad personal (Ley 80 de 1993, artículo 26-4)”³⁰¹.

Así las cosas, por un argumento *a contrario sensu*, cuando la Corte Suprema de Justicia señala que no se aplica el principio de confianza cuando no se cumplen los requisitos de la delegación, podría llegar a concluirse que aceptaría la aplicación del mismo cuando los mismos sí se configuran.

Lo anterior además se soporta en que en otra sentencia la Corte Suprema de Justicia sí aceptó la aplicación del principio de confianza en un evento en el cual sí se presentaron los requisitos de la delegación. En esta sentencia se decidió sobre la responsabilidad del Gobernador de un Departamento por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme los siguientes hechos:

“El señor JORGE DEVIA MURCIA fue elegido como Gobernador del Departamento del Putumayo para el período 1998 – 2000.

Fue convocado para que respondiera en juicio como probable autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales según resolución emitida el 2 de septiembre de 2003 por el Fiscal General de la Nación, en virtud del comportamiento que se sintetiza de la siguiente manera:

En la referida calidad, el doctor DEVIA MURCIA celebró los contratos números 001, 002, 003, 004, 005, 006 y 007, lo mismo que las órdenes de obra 001, 002, 003, 004,

³⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de septiembre de 2001. Proceso No. 19174. M.P. Herman Galán Castellanos

005, 006, 007, 008 y 009, todos del 19 de enero de 2000 y para ser ejecutados en el municipio de Puerto Asís, localidad en la que se llevó a cabo elección de alcalde el 23 de enero del mismo año, la cual ganó Manuel Alzate.

Los correspondientes contratistas no eran idóneos para ejecutar los respectivos objetos de los contratos y órdenes de obra mencionados; éstos se les adjudicó en virtud de la intermediación desplegada por los señores Luis Fernando Gaviria Giraldo y Jorge Arnulfo Santamaría Montoya, quienes respaldaban a Manuel Alzate en su candidatura.

El monto correspondiente al cincuenta por ciento del valor de tales actos jurídicos por concepto de anticipo, fue consignado en las cuentas de los mencionados Gaviria y Santamaría, quienes alguna injerencia tuvieron en la adjudicación y ejecución de los contratos. Ciertas obras, además, no fueron construidas o se hicieron por valor menor al pactado”³⁰².

Sin embargo, al contrario de lo sucedido en el caso anterior, en este procedimiento se presentó una delegación para contratar que cumplía con todos los requisitos legales y que implicó que el Gobernador no intervino en las fases de la contratación en las cuales se presentaron las irregularidades:

“Es incuestionable que al no tener control directo sobre la fase precontractual, el procesado, en su calidad de Gobernador del ente territorial, estaba en posición de aspirar en virtud del principio de confianza activado merced a la mencionada delegación, que tal etapa se surtió de conformidad con las reglas y requisitos exigidos en la ley, toda vez que era a los delegatorios a quienes correspondía hacer las invitaciones, evaluar las propuestas, seleccionar a los contratistas y preparar la minuta de contrato respectivo, fases en las que DM no intervino. Como se sabe, su actuación se restringió a rubricar cada uno de los actos jurídicos reprochados luego de haberse surtido el trámite

³⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de agosto de 2005. Proceso 21489. M.P.: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

preliminar”³⁰³.

Claramente se establece la aplicación del principio de confianza respecto de la realización de trámites específicos como las invitaciones, la evaluación de las propuestas, la selección de los contratistas y la preparación de la minuta de contrato respectivo, siempre y cuando el funcionario no haya participado en las mismas.

En la misma decisión, la Corte señala claramente la aplicación del principio de confianza ante la existencia de una delegación y la previa actuación transparente en el procedimiento contractual:

“Dicho de otro modo, en virtud del principio de confianza que en ese ámbito de interrelación operaba con antelación a la celebración de los contratos cuestionados en virtud de la comentada delegación, el gobernador DEVIA MURCIA estaba en posición de creer que sus delegatarios no sólo eran idóneos y capaces para llevar adelante las tareas así encargadas, sino que las cumplían con apego de los requerimientos legales, es decir, que podía esperar que cuando el contrato llegaba para su firma, momento en el que constaba que estuvieran adosados los debidos soportes, se había surtido un procedimiento límpido, transparente, acorde con las exigencias previstas en la ley.

*Tanto es así, que el mismo Ángel María Luna Enríquez aseveró que “para estas órdenes y contratos en mención la orden del Dr. DEVIA era el de realizarle seguimiento y estricto cumplimiento a la ejecución de las obras”, atestación que apuntala el hecho de que el procesado confiaba en que sus delegatarios cumplían a cabalidad los asuntos delegados”*³⁰⁴.

³⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 10 de agosto de 2005. Proceso No 23871. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁰⁴ *Ibid.*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia ha llegado a admitir la aplicación del principio de confianza para excluir la responsabilidad en aquellos eventos en los cuales se presenta una delegación con el cumplimiento de los requisitos legales y el delegante no interviene de manera irregular en el procedimiento de contratación.

3.3. Consecuencias específicas frente a la delegación

La aplicación del principio de confianza para el análisis de la responsabilidad del delegante otorga criterios claros para el análisis de la responsabilidad y especialmente para la solución de casos concretos de acuerdo a los siguientes principios:

En primer lugar, solamente se puede aplicar el principio de confianza para la determinación de la responsabilidad si el acto de delegación cumple con todos los requisitos legales, pues de lo contrario se aplicaría la primera restricción a la utilización del principio de confianza pues el delegante no habría cumplido con sus funciones en la división del trabajo.

En este sentido, no se puede aplicar el principio de confianza si el acto no es delegable, si se delega respecto de una autoridad no competente para recibir las funciones o si existe prohibición expresa para delegar.

En segundo lugar, no puede aplicarse el principio de confianza para excluir la responsabilidad del delegante respecto de aquellas directrices específicas dadas por el mismo al delegatario, especialmente cuando las mismas son constitutivas de delito, como, por ejemplo, cuando el delegante ordena al delegatario la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

En tercer lugar, si el acto de delegación cumple con todos los requisitos legales y no existe ningún acuerdo ilícito entre el delegante y el delegatario, la responsabilidad del delegante solamente podría ser por el incumplimiento de deberes especiales de vigilancia y control, pero en este caso su responsabilidad no podrá ser por acción sino claramente por omisión, pues de lo contrario se presentaría una mera responsabilidad objetiva por el hecho de otro.

Por lo anterior, el delito o la falta disciplinaria solamente podría en este último caso imputarse como una omisión y con los requisitos que para tal efecto señala la doctrina:

- Se requiere la imputación del incumplimiento de una acción esperada específica , la cual debe entenderse como: *“una conducta que, desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada -más aún, necesaria- para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva”*³⁰⁵

En el caso de la determinación de la responsabilidad del delegante no basta con la imputación de un acto del delegatario, sino que se requiere además la atribución de la omisión de un acto de vigilancia y control específico sobre su conducta.

- Para que se configure un delito de comisión por omisión es necesario que se presente la capacidad individual de acción del sujeto activo, que se entiende como: *“la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar*

³⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J: El delito de omisión, concepto y sistema, B de F, Buenos Aires, 2003. Pág. 361.

a cabo la acción ordenada"³⁰⁶.

En este sentido, debe analizarse de manera concreta la posibilidad de que el delegante haya cumplido con el deber vigilancia y control específico sobre la conducta del delegatario, pues en algunos casos existirá una imposibilidad física de cumplir con este deber.

- En tercer lugar, se requiere que el delegante tenga una posición de garante específica respecto de los actos del delegatario, es decir, se requiere demostrar que efectivamente tenía el deber de vigilancia y control específico sobre su comportamiento³⁰⁷
- Por último se requiere la imputación subjetiva de la conducta de omisión al delegante³⁰⁸, lo cual implica que haya conocido o pudiera haber conocido sobre la circunstancia irregular. Por lo anterior, no podrá tener responsabilidad el delegante si actuó en virtud de un error propiciado bien sea por una falsedad del delegatario o de alguien que actúe en complicidad con el mismo o por medio de un error que haya tenido otro funcionario.

En este sentido, tendrá que excluirse la responsabilidad si el delegante omitió adoptar una conducta específica porque actuó engañado por el delegatario o con base en un informe errado de un supervisor de la misma entidad o de un interventor que señala que no existía ninguna irregularidad en la actuación del delegatario.

³⁰⁶ JESCHECK, H – H / WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, 2001.

³⁰⁷ JESCHECK, H – H / WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, 2001.

³⁰⁸ JESCHECK, H – H / WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, 2001.

Conclusiones.

1. La delegación es un mecanismo justificado constitucional y legalmente e irrenunciable desde el punto de vista de la gestión administrativa, pues sin el mismo sería imposible el cumplimiento de los fines del Estado.
2. La legislación ha evolucionado paulatinamente desde una exención casi absoluta de responsabilidad del delegante hasta la configuración de cada vez más excepciones a esta regla en las últimas normas, en especial en la ley 1150 de 2007. No era entonces la finalidad del constituyente ni del legislador inicialmente que el delegante pudiera llegar a tener una responsabilidad amplia, por el contrario, la intención inicial era establecer la imputación de responsabilidad como una excepción, situación que ha venido cambiando por la utilización de esta figura para la comisión de actos de corrupción.
3. En materia de responsabilidad del delegante nos encontramos ante la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva que indica que la responsabilidad de este actor deriva del deber de vigilancia y control que le asiste de la función precontractual y contractual, habiendo incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de la funciones referidas.
4. La jurisprudencia demuestra que la figura de la delegación para contratar representa un posible vehículo para cometer actos de corrupción, toda vez que esta, al igual que otras figuras del derecho administrativo, es susceptible de ser desnaturalizada y convertida en un mecanismo para obtener beneficios particulares en detrimento de la administración pública, y por tanto representa una tipología de la corrupción en la contratación

pública, máxime si tenemos en cuenta que las prácticas corruptas en materia de delegación de funciones administrativas se caracterizan porque el funcionario titular de la competencia es quien dirige todo el plan criminal por medio del cual el delegatario traspasa las barreras de la permisibilidad entrando en el campo de lo delictivo.

5. Tanto para la Corte Constitucional, como para el Consejo de Estado y para la Corte Suprema de Justicia, la exención de responsabilidad del delegante no es absoluta ya que la delegación de funciones no exime necesariamente de responsabilidad al delegante.
6. El principio de confianza constituye un criterio normativo que excluye la imputación en Derecho penal a través del cual se puede individualizar la responsabilidad del delegante frente a los actos del delegatario.
7. Solamente se puede aplicar el principio de confianza para la determinación de la responsabilidad si el acto de delegación cumple con todos los requisitos legales, pues de lo contrario se aplicaría la primera restricción a la utilización del principio de confianza pues el delegante no habría cumplido con sus funciones en la división del trabajo.
8. No puede aplicarse el principio de confianza para excluir la responsabilidad del delegante respecto de aquellas directrices específicas dadas por el mismo al delegatario, especialmente cuando las mismas son constitutivas de delito, como, por ejemplo, cuando el delegante ordena al delegatario la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.
9. Si el acto de delegación cumple con todos los requisitos legales y no existe ningún acuerdo ilícito entre el delegante y el delegatario, la responsabilidad

del delegante solamente podría ser por el incumplimiento de deberes especiales de vigilancia y control, pero en este caso su responsabilidad no podrá ser por acción sino claramente por omisión, pues de lo contrario se presentaría una mera responsabilidad objetiva por el hecho de otro.

10. El principio de confianza no sería aplicable en aquellos eventos en los cuales el delegante haya ordenado dolosamente que el delegatario cometa un acto de corrupción, pues el principio de confianza no se aplica cuando resulte evidente que va a realizar una conducta incorrecta.
11. El delegante podrá tener responsabilidad frente a los actos del delegatario si incumplió con sus deberes de selección, instrucción o coordinación o los de vigilancia, control o supervisión sobre la actuación del delegatario. Sin embargo, estos deberes de vigilancia y control no se refieren a una supervisión específica sobre absolutamente todos los actos del delegatario, pues de lo contrario no tendría fundamento alguno realizar una delegación. Al respecto, debe señalarse que la responsabilidad del delegante no se basa en la mera posibilidad de intervenir, sino en la existencia de especiales circunstancias y deberes de control, pues de lo contrario sería imposible que operara eficientemente la división del trabajo.
12. El delito o la falta disciplinaria solamente podría en este último caso imputarse como una omisión y con los requisitos que para tal efecto señala la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

ANARTE BORRALO, E. Causalidad e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estructura. Realciones y Perspectivas. Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva. Huelva, 2002

ARAÚJO OÑATE, R. La delegación y la desconcentración en la contratación estatal. Implicaciones y responsabilidades. En LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2011

ARROWSMITH, S./ LINARELLI, J. / WALLACE, D.: Regulating public procurement. Kluwer Law International. La Haya, 2000.

BAUTISTA, O: Ética para corruptos. Colección ética aplicada. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. 2009.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: General report, en Corruption in public procurement, Consejo de Europa, Alemania, 1998.

CASTRO CUENCA, C. Corrupción y Delitos contra la Administración Pública. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008.

- Delitos contra la administración pública y corrupción, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2009.

CASTRO CUENCA, C.: La corrupción en la contratación pública en Europa, Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

CASTRO CUENCA, C; HENAO CARDONA L. F.; BALMACEDA HOYOS, G. Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo. Ediciones Jurídicas de Santiago – Ibáñez. Bogotá, 2009.

DELLA PORTA, D. / VANUNCCI, M.: <<Corrupt Exchanges and the Implosion of the Italian Party System>>, en: HEIDENHEIMER, A.J.; JOHNSTON, M. (edit.): Political Corruption, Transaction Publishers, New Jersey, 2001.

DEMETRIO CRESPO, E.: <<Corrupción y delitos contra la Administración Pública>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E., (coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Ratio Legis. Salamanca, 2000.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en www.rae.es. Última fecha de consulta 13 de enero de 2010.

DROMI, R. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina editorial de ciencia y cultura – Hispania Libros Madrid – México. Buenos Aires – Madrid – México. 2009.

FABIAN CAPARRÓS, E. A. La Corrupción de agente público extranjero e internacional. Salamanca, 2002.

FIRSCH, W. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. Madrid, 2004.

GARCÍA MEXÍA, P. Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea, Aranzadi. Navarra, 2001.

GIL CREMANES, R. La imparcialidad en la Función Pública. Madrid. 2008.

JAKOBS, G. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras Y José Luis Serrano González De Murillo 2.a edición, corregida. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid

- Estudios de Derecho Penal. Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones- Editorial Civitas, S.A.

JESCHECK, H – H / WEIGEND, T.: Tratado de Derecho penal. Comares. Granada, 2001.

LAMPREA RODRÍGUEZ, P. A. Contratos Estatales, Temis. Bogotá, 2007.

LAPORTA, Francisco: La corrupción política, introducción general, en AA.VV.: La corrupción política. Alianza. Madrid, 1997.

LUZÓN PEÑA, D. Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996.

MALEM SEÑA, J.F.: La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Gedisa. Barcelona, 2.002.

MARAVÉ GÓMEZ, M. El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Aranzadi. Pamplona, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. La Imputación Objetiva del Resultado. Colección de Criminología y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid

MATALLANA CAMACHO, E. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.

MISAS ARANGO, G. / OVIEDO LEÓN, M. / FRANCO CORREA, A.: La lucha anticorrupción en Colombia, Teorías, prácticas y estrategias, Contraloría General de la República. Bogotá, 2.005.

MOLANO LÓPEZ, M.. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005.

MURIEL PATIÑO, M.: <<Economía, corrupción y desarrollo>>, en: FABIÁN CAPARRÓS, E., (Coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis. Salamanca, 2000.

NIETO, A: El desgobierno de lo público. Ariel. Barcelona.

PALACIO HINCAPIÉ, J. Á.. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2010.

PENAGOS, G. Derecho Administrativo, nuevas tendencias. Ediciones doctrina y ley LTDA. Bogotá, 2004.

QUINCHE RAMÍREZ, M. Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta del 1991 y sus reformas. Grupo editorial Ibáñez y Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2008.

RESTREPO MEDINA, M. A. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998. Libardo Rodríguez Rodríguez. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2007.

RODRÍGUEZ R., L. Derecho administrativo general y colombiano. Temis. Bogotá, 2008.

ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Traducción y Notas Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J: El delito de omisión, concepto y sistema, B de F, Buenos Aires, 2003.

STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible. Aranzadi. Pamplona, 2005.

TIEDEMANN, K. Derecho penal económico. Grijley. Lima, 2009.

VALEIJE ÁLVAREZ, I.: <<Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción>>, en: Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña, 2003.

VIDAL PERDOMO, J. Derecho administrativo. Legis. Bogotá, 2008.

VILLORIA MENDIETA, M. La corrupción política, Síntesis. Madrid, 2006.

YOUNES MORENO, D. Curso de derecho administrativo. Temis. Bogotá, 2007.

- Las Reformas del Estado y de la Administración Pública. Escuela Superior de Administración Pública –ESAP– 2008.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de Consulta. Decisión del 26 de marzo de 1998. Consulta No. 1089 C.P. Javier Henao Hidrón

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. 30 de mayo de 2000.

Radicación No. AC-9877. C.P.: German Rodriguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 4 de noviembre de 1999. Radicación No. 4818. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 14 de febrero de 1990. Proceso No. 722. C.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso No. 2228. 5 de marzo de 1993. C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 9 de agosto de 1999. Radicación No. 3995. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-07269-01(4334-05). 12 de agosto de dos mil nueve (2009). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 21 de noviembre de 2003. Expediente No. 00548. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 6 de febrero de 2003. Expediente No. 27481. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 4 de abril de 2002. Radicación No. 21.217. C.P.: Alier E. Hernández Enríquez.

Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-597 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-1060 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-1163 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonel.

Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 2002. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-693 de 2008. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Gálvis

Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 10 de agosto de 2005. Proceso No 23871. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 20 de agosto de 2002. Proceso No 18679. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 2004. Proceso 18911. M.P.: Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de junio de 2010. Proceso 30677.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Proceso 26680. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Proceso 16837, M.P.: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Proceso 18029, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez,.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003. Proceso 16626. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de agosto de 2005. Proceso 21489. M.P.: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de dos mil seis 2006. Proceso 25274. M.P.: Marina Pulido De Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 2008. M.P. : Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Proceso 31190, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del diez de agosto de dos mil cinco. Proceso 21489. M.P.: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 27 julio de 2006. Proceso 25536. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de Septiembre de 2001. Proceso 16837. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. Proceso 22941. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.	
6. Función Administrativa y Delegación	8
7. Concepto de delegación de funciones	13
8. Evolución normativa de la delegación de funciones en el ordenamiento jurídico colombiano	19
8.2. La delegación de funciones en la Constitución de 1886, en sus reformas, y en las leyes y decretos expedidos durante su vigencia	19
8.3. La Constitución de 1991 y la regulación actual	27
9. Características de la delegación	33
4.1. Finalidad	33
9.2. Objeto	35
9.3. Requisitos y elementos	36
9.3.1. La autorización para delegar	38
9.3.2. Improcedencia de la delegación	39
9.3.3. El delegante	41
9.3.4. Del acto administrativo por medio del cual se realiza la delegación	42
9.3.5. El delegatario	44
9.3.6. Actos del delegatario en desarrollo de la delegación	46
9.3.7. El vínculo que surge entre el delegante y el delegatario	

.....	48
9.4. Descentralización, desconcentración y delegación.....	48
9.5. De las clases de delegación administrativa	56
9.5.1. Clasificación de acuerdo al origen	57
9.5.1.1. Constitucional	57
9.5.1.2. Legal	58
9.5.1.3. Delegación propia y delegación impropia	59
9.5.1.4. Delegación impropia o delegación entre entidades públicas	60
9.5.2. Delegación en la contratación pública	65
9.5.2.1. Fundamentos normativos que desarrollan la delegación para el ejercicio de la contratación pública	65
9.5.2.2. El artículo 12 de la ley 80 de 1993	66
9.5.2.3. El numeral 10 del artículo 25 de la ley 80: autorización para delegar la facultad de contratar	70
10. Extinción de la delegación	78

CAPÍTULO II. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE EN LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR Y CORRUPCIÓN.

2. Problemática de la responsabilidad del delegante en la delegación para la contratación Estatal	81
4.9. El inciso segundo del artículo 211 Constitucional y la exención de responsabilidad del delegante.....	82
4.10. El artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y la responsabilidad del	

delegante en la delegación de firma en la contratación estatal	84
4.11. El párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001 y la responsabilidad del delegante en la contratación pública en materia de acción de repetición	88
4.12. El artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 y la responsabilidad del delegante en la actividad precontractual y contractual	96
4.13. De la posición doctrinal sobre la responsabilidad del delegante cuando media un acto de delegación	103
5. La corrupción como problemática que afecta la figura de la delegación como restricción material de la exención de responsabilidad del delegante.....	107
5.1. Aproximación a la corrupción en la administración pública	110
5.1.1. Concepto de corrupción	110
5.1.2. Características de la corrupción	114
5.1.3. Formas de corrupción	116
5.1.4. Las causas de la corrupción	120
5.1.5. Efectos de la corrupción	121
6. La corrupción en la contratación pública	124
7. La delegación como instrumento de la corrupción en la contratación pública	126
7.1. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del tres de septiembre de dos mil uno	127
7.2. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del diez de agosto de dos mil cinco	128
7.3. Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veinte de abril de dos mil seis	130

7.4.	Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del cinco de noviembre de dos mil ocho	131
7.5.	Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 2 de diciembre de dos mil ocho	134
7.6.	Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del once de noviembre de dos mil nueve	136
7.7.	Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del veintiuno de junio de dos mil diez	137
7.8.	Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del dieciséis de septiembre de dos mil diez	139

CAPÍTULO III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE QUIEN DELEGA FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.

4.	Aproximación al análisis del principio de confianza	141
4.1.	Origen y concepto del principio de confianza	142
4.2.	Fundamento del principio de confianza	147
4.3.	Críticas a la aplicación del principio de confianza	152
5.	Requisitos del principio de confianza y su aplicación respecto de la delimitación de la responsabilidad del delegante	155
5.1.	Cumplimiento de las normas de la actividad	156
5.2.	No indicios de la existencia de una conducta antijurídica	157
5.3.	Deberes de vigilancia y control específicos	158
6.	Consecuencias del principio de confianza	165
6.1.	Consecuencias generales en la teoría de la responsabilidad	165
6.2.	Aplicación del principio de confianza por la Corte Suprema de Justicia	170

6.3.Consecuencias específicas frente a la delegación	175
Conclusiones	179