

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	31-10-2019	A
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		1(58)	

AUTORES	JENNIFER STEPHANE CONTRERAS SÁNCHEZ E INGRI TATIANA BAYONA VEGA.		
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES.		
PLAN DE ESTUDIOS	PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO.		
DIRECTOR	LUMAR FERNANDO SIERRA ROCHELS.		
TÍTULO DE LA TESIS	LA RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE POR LOS ACTOS DEL DELEGATARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p>LA MONOGRAFÍA REALIZADA CONTIENE UN ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA FIGURA DE LA DELEGACIÓN, A TRAVÉS DE SUS GENERALIDADES Y LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD, QUE RECAEN EN EL DELEGANTE POR LOS ACTOS DEL DELEGATARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL, AL INCUMPLIR SUS DEBERES DE CONTROL Y VIGILANCIA, DELIMITADO SU ESTUDIO A LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, PENAL Y PATRIMONIAL, BAJO LO ESTABLECIDO POR LA CONSTITUCIÓN, LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS ALTAS CORTES Y DOCTRINA.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS: 53	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM: 1



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**LA RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE POR LOS ACTOS DEL DELEGATARIO
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL**

Autoras

JENNIFER STEPHANE CONTRERAS SÁNCHEZ

INGRI TATIANA BAYONA VEGA

Trabajo de Grado Presentado como Requisito para Optar al Título de Abogadas

Director

DR. LUMAR FERNANDO SIERRA ROCHELS

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Noviembre, 2019

Dedicatoria

- *A la dueña de mi corazón, mi tía Ana, quien hizo de mí lo que soy ahora, con sus consejos, apoyo incondicional y amor sin medida. A mi padrino, hermanos y sobrinos quienes siempre han creído en mí y me han impulsado a seguir adelante, todo mi amor y agradecimiento para ellos.*

Ingri Tatiana Bayona Vega

- *A mis padres, y en especial a Dios por rodearme con ese par de ángeles, gracias.*
- ***Jennifer Stephane Contreras Sánchez***

Índice

Capítulo 1. La Delegación.....	1
1.1 Aproximación al concepto de delegación:	1
1.2 Clasificación de la delegación:.....	3
1.2.1. Delegación propia.	4
<i>1.2.1.1 Delegación impropia.</i> :.....	4
Capítulo 2. Delegación En Materia De Contratación Estatal	6
2.1. El Contrato Estatal:	7
2.2. Etapas del Contrato Estatal	8
Capítulo 3: La Responsabilidad del Delegante por los Actos del Delegatario	11
3.1. La Responsabilidad Disciplinaria	16
3.1.1. Las Faltas Disciplinarias en la Ley 734 De 2002 y Ley 1952 de 2019, Relativas a la Delegación en Materia Contractual.....	17
3.1.2. Sanciones Establecidas en la Ley 734 De 2002 y Ley 1952 De 2019, Relativas a la Delegación en Materia Contractual. 1.....	20
3.2. Responsabilidad Penal	22
3.2.1. Delitos Contemplados en el Código Penal, Cometidos en el Ejercicio De La Actividad Contractual.	23
3.3. La Responsabilidad Patrimonial	33
3.3.1. Regulación en Colombia que hace Viable la Responsabilidad Patrimonial.	33
Capítulo 4. Conclusiones.....	37
Referencias	41

Introducción

En torno a la concepción impuesta por la constituyente, en el artículo 211, con relación a la exoneración de responsabilidad del delegante, gravitan constantes modificaciones normativas y jurisprudenciales, que buscan transformar este postulado, a través de una redistribución de responsabilidad que involucre al delegante en materia de contratación estatal.

Lo anterior, ha propiciado, el desconocimiento y desinformación de los jefes o representantes legales de las entidades públicas y ordenadores del gasto, sobre los bienes jurídicos que pueden vulnerarse en el desarrollo de la actividad contractual, bajo el acto de delegación. Así como los tipos de responsabilidades que recaen en el delegante por la omisión de sus deberes de control y vigilancia, sobre los actos del delegatario. Motivo por el cual es pertinente, abordar el estudio de esta monografía, en relación al siguiente cuestionamiento, ¿Cómo se determina la responsabilidad del delegante por los actos del delegatario en materia de contratación estatal?

En este sentido el legislador, previó la figura de la delegación, como un mecanismo mediante el cual se faculta al servidor público para que transfiera el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de descongestionar la estructura administrativa y desarrollar los principios inherentes a la función pública. Así mismo, dicha figura, fue introducida en materia de contratación estatal, mediante la Ley 80 de 1993, que facultó a los jefes y representantes legales de las entidades, para emplear esta herramienta administrativa.

Empero, la misma ha facilitado la consumación de actos de corrupción, razón por la cual, la ley y la jurisprudencia, han llevado a cabo la creación de mecanismos que integren y amplíen la responsabilidad del delegante, para impedir que se siga instrumentalizando la delegación.

Como resultado de lo anterior, se expidió la Ley 1150 de 2007, la cual modificó y adiciono el artículo 12 a la Ley 80 de 1993, precisando que, la practicidad de la delegación en contratación estatal, no exime en ningún caso al delegante de la responsabilidad que se derive del incumplimiento de sus funciones, momento en el cual se presenta la dicotomía de la existencia o exoneración de responsabilidad del delegante.

Situación que más adelante es confirmada, teniendo en cuenta la importancia que reviste la celebración de contratos estatales, por su vinculación directa con el patrimonio público. Es por ello que, se impone al delegante la guarda y cuidado sobre las funciones delegadas, para que su ejecución coincida con los principios que la rigen.

Por lo tanto, con la presente monografía, se abordó a profundidad lo referente a la responsabilidad que le asiste al delegante cuando hace uso de la figura de la delegación. Teniendo como objetivo principal, la determinación de la responsabilidad disciplinaria, penal y patrimonial en la que incurre el delegante por la omisión de sus deberes en materia de contratación estatal, a través de la adecuación de responsabilidad, por medio de tres tipos de escenarios aportados por la Corte Constitucional.

De modo que, fue llevado a cabo el estudio a través de capítulos, que desarrollan en primer lugar, lo referente a la figura de la delegación de funciones, realizando una aproximación al concepto de delegación, estableciendo su clasificación y características. En este orden de ideas el segundo capítulo, se enfocó la delegación en materia de contratación estatal, además se estudió, el contrato estatal, los tipos de contratos estatales y sus etapas.

Posteriormente el tercer capítulo, determina la responsabilidad del delegante por los actos del delegatario, a través de su evolución normativa y jurisprudencial, y se subdivide en cada uno de los tipos de responsabilidades que le son atribuibles, con el fin de abarcarlas, iniciando con, la responsabilidad disciplinaria, en la cual se realiza un estudio de la Ley 734 del 2002 y la 1952 del

2019, comparando las faltas y sanciones que establecen una y otra para determinar la responsabilidad. Seguidamente, para determinar la responsabilidad penal, se extrajo del Código Penal, los delitos contra la administración pública derivados de la celebración del contrato estatal, y las sanciones correspondientes.

Por último, se establece la responsabilidad patrimonial en la que incurre el delegante, fijando la normatividad que la hace viable, y la posición de la Corte Constitucional relativa a la responsabilidad del delegante por los actos del delegatario, además de los mecanismos de acción de repetición o llamamiento en garantía.

Para el cumplimiento de los objetivos de la presente monografía, se realizó una selección de fuentes formales del derecho y doctrina, realizando un estudio jurídico en especial de la normatividad contenida en la Constitución Política de 1991, Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998, Ley 1150 de 2007, Ley 734 de 2002, Ley 1952 de 2019, Ley 599 del 2000 y Ley 678 de 2001, y demás normas modificatorias. Además de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en especial lo contenido en la sentencia C-372/02 y C-693/08.

Capítulo 1. La Delegación

1.1 Aproximación al concepto de delegación

La piedra angular para la construcción de la conceptualización de la delegación nace con la promulgación de la Constitución de 1991, justamente, en el artículo 209, en el cual, el legislador implementa la delegación, como uno de los mecanismos de la función administrativa, tendiente a satisfacer el interés general, en desarrollo de los principios de la función pública. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De manera que, la Carta Superior, no emitió, mayor información acerca de la delegación, pues solo se limitó a enunciarla y a establecerla como una herramienta para la gestión pública, por lo tanto, impuso a la Ley 489 de 1998, la carga de profundizar y delimitar la figura administrativa, constituyendo así, el régimen legal de aplicación, del cual se desprenden tres revelaciones importantes para el acercamiento a dicho concepto.

En primer lugar, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, señala los sujetos intervinientes dentro de la delegación, esto es delegante y delegatario, por ende, la primera característica de dicha figura es la bilateralidad. Por una parte, el delegante, es considerado el sujeto activo, sobre el cual recae la potestad discrecional de transferir el ejercicio, decisión y competencia de sus funciones, en subalternos o en otras autoridades. Se habla entonces de los jefes o representantes legales de las entidades estatales, que posean autonomía administrativa y una estructura independiente. (Ley 489, 1998)

Del otro lado se encuentra al delegatario, sujeto pasivo, sobre el cual recae el ejercicio de la función delegada y la obligación de desempeñarla conforme a las orientaciones impartidas por su

superior, en este caso, el delegatario debe ser empleado del nivel asesor o directivo con funciones afines o complementarias, vinculado al organismo correspondiente.

De lo anterior se infiere, la imposibilidad de los empleados de otros niveles, para constituirse como sujetos delegatarios, tema que fue objeto de reproche en el año 1999, por un ciudadano que interpone demanda de inconstitucionalidad, en contra del artículo 9 de la Ley 489 de 1998, por considerar la norma discriminatoria, al desconocer que existen otros niveles en la administración, como el nivel técnico, capaces de desarrollar las funciones, objeto de la delegación.

De la interpretación realizada por la Corte, en dicha demanda de inconstitucionalidad, se contempla, específicamente la delegación en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor, en razón a las calidades profesionales y a la confianza que deposita el representante legal, en las personas que ocupan los cargos de dirección y manejo, por desempeñar funciones afines o complementarias, por lo que dicha norma no representa una discriminación, respecto de los demás servidores públicos de los distintos niveles de la administración, pues estos también colaboran en la medida de sus competencias. (Corte Constitucional, Alfredo Beltran Sierra, 1999)

La delegación, además, establece un vínculo especial y permanente entre el delegante y delegatario, dicho vínculo, se convierte en una de las características más importantes, debido a que “(...) 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. (...)” (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

En efecto, ese vínculo exige una división técnica del trabajo, en la cual el superior jerárquico guía, controla y vigila las actuaciones realizadas por su subalterno, con el fin, de que las mismas sean llevadas a cabo bajo las órdenes impartidas, garantizando que su efectivo cumplimiento, se ajuste a la norma.

En segundo lugar, el artículo 10 de la ley 489 de 1998, determina el elemento formal, mediante el cual se hace efectiva la transferencia de funciones, llamado “acto de delegación” en el que debe constar por escrito la decisión del delegante, el objeto de la delegación y la autoridad delegataria. Además, en dicho acto, debe quedar sentada la forma en que se delega la competencia, es decir; si lo hace de forma “limitada o ilimitada en el tiempo, o general y/o específica” (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

Por último, el legislador dentro de la misma Ley 489 de 1998, artículo 11, deja claro que existen funciones indelegables, ya sea porque la naturaleza de la función no admite delegación o por restricción expresa sobre la materia, esto es, que la figura objeto de estudio, podrá en palabras de Núñez de León (2011, p. 40) “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 (...)” (León, 2011, p.40)

Con lo anteriormente mencionado, la norma en estudio brinda la presencia de formalidades y características importantes que singularizan y diferencian la delegación de otras figuras como la descentralización y la desconcentración; estableciendo los parámetros y condiciones que deben observar las partes a la hora de poner en práctica esta herramienta administrativa.

1.2 Clasificación de la delegación

Molano López citado por Núñez de León 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 impropia.” (León, 2011, p.57)

1.2.1. Delegación propia. Como lo menciona Restrepo Medina es “la delegación propiamente dicha que se origina en la voluntad exclusiva del superior delegante y recae sobre otro empleado público en particular” (Restrepo, 2007, p. 83). Por lo tanto, se aprecia una relación jerárquica (delegatario-delegante) que indica el desarrollo del principio de subordinación, toda vez que el delegatario situado en el nivel inferior se somete a las indicaciones que le imparta el órgano titular de la función, para la toma de decisiones a través de un acto administrativo unilateral, ya sea un decreto o resolución.

1.2.1.1 Delegación impropia. Este tipo de delegación se presenta entre entidades públicas, es decir “(...) se delegan funciones de los organismos y entidades administrativos de orden nacional a favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales (...)” (Ley 489, 1998) y tiene como elemento principal la voluntad de las partes, pues:

(...) En este caso como el delegatario no es un colaborador del delegante, es decir, no se encuentra bajo 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 (...) (Restrepo, 2007)

En esta clase de delegación operan los principios de colaboración armónica y complementariedad, y no de subordinación, debido a la prevalencia del consenso de las partes involucradas. Además, se realiza a través de la celebración de “convenios” sometidos únicamente a los requisitos generales exigidos por la ley para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos, cabe resaltar que estos convenios son de carácter temporal y no indefinido, lo anterior, para evitar un traspaso total de funciones propias de los organismos y entidades administrativas (Constitución Política de Colombia, 1991).

En conclusión, es vital concretar el concepto de la delegación como una herramienta creada por la Constitución y desarrollada por la ley, mediante la cual, una autoridad

administrativa puede transferir el ejercicio de sus competencias, en cabeza de subalternos o colaboradores, generalmente subordinados, sin perder la titularidad de sus funciones, pudiendo en cualquier momento reasumir la responsabilidad o revocar actos, con el fin de descongestionar la estructura administrativa y desarrollar los principios inherentes a la función pública.

Capítulo 2. Delegación En Materia De Contratación Estatal

La delegación en materia de contratación estatal nace de la necesidad de descongestionar y flexibilizar la estructura administrativa, pues se debe reconocer, que los servidores públicos que tienen a su cargo la representación de las entidades, “no siempre pueden cumplir directamente todas las funciones asignadas por la Constitución, la ley y los reglamentos”. (Lucy Jeanette Bermudez Bermudez, 2013)

Debido a esto, las distintas entidades estatales, dentro de su campo de acción, manejan parte del presupuesto público y delegan en sus subalternos, las funciones atribuibles para su ejecución, siendo una de ellas la celebración de contratos, a través de los cuales se “busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (Ley 80, 1993).

La Corte Constitucional, además sostiene lo siguiente:

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 (Corte Constitucional, Armando Valencia Casas, 2008).

En tanto, el fundamento jurídico de la naturaleza delegable de la celebración de contratos estatales, se encuentra en los artículos 12 y 25, numeral 10 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en donde se faculta a los jefes y representantes legales de las entidades, para delegar total o parcialmente, la celebración de contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo, lo que se traduce en una forma de empoderamiento de parte de los ordenadores del gasto. (Ley 80, 1993)

Más tarde, en el año 2007, el Congreso de la República expidió la Ley 1150, la cual adiciona un inciso al artículo 12 de la Ley 80 de 1993, por medio del cual se dispone 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” (Ley 1150, 2007).

Resulta claro colegir que dicha modificación, se hizo necesaria, toda vez que, el articulado legal que habilitó la delegación de funciones administrativas, dejó abierta la posibilidad al delegante, para desprenderse de su obligación de ejercer control y vigilancia respecto a las funciones delegadas, tanto así, que la Corte Constitucional en sentencia C-372 del año 2002 tuvo que desarrollar y fijar los parámetros de dicho control y la limitación de responsabilidad que recae en el delegante. (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002).

2.1. El Contrato Estatal

Una vez desarrollado el fundamento jurídico y jurisprudencial de la delegación en materia contractual, es menester, analizar el objeto sobre el cual recae la misma.

Por tanto, según el art. 32 de la ley 80 de 1993, el contrato estatal, “Son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Ley 80, 1993). Es decir, “el contrato estatal es el acto de manifestación de voluntad generadora de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal” (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002) (LOPEZ PEDRAZA & YARA DELGADO, 2011).

Así mismo, es trascendental enunciar los diferentes tipos de contratos contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con los que cuenta la administración pública para el cumplimiento de sus fines estatales, como son el Contrato de Obra, Contrato de Consultoría, Contratos de Prestación de Servicios, Contratos de Concesión y finalmente Contratos de Encargo Fiduciario y Fiducia Pública.

Cada uno de ellos, diseñado para satisfacer de forma adecuada, continua y eficiente las necesidades que se desprenden del interés general, con el lleno de los requisitos propios, y los diferentes trámites contenidos en las disposiciones comerciales y civiles, que le sean aplicables, y las normas contenidas en el estatuto contractual, en donde además se podrán incluir las condiciones, estipulaciones y cláusulas que las partes así lo consideren bajo la autonomía de la voluntad.

2.2. Etapas del Contrato Estatal

El contrato estatal, se encuentra conformado por tres etapas, en razón de este fraccionamiento, la ley faculta al delegante para transferir total o parcialmente el desarrollo de sus funciones, esto es, el delegante podrá radicar en cabeza del delegatario, la ejecución de una de estas etapas o su totalidad, entre ellas encontramos la etapa precontractual o previa, la etapa contractual y pos contractual, cada una de ellas integradas por los trámites, que debe enfrentar la celebración de un contrato estatal.

La primera de ellas, denominada etapa precontractual o previa, “inicia con la elaboración del estudio previo y termina con la adjudicación del proceso de contratación” (Politecnico de Colombia, 2016), no obstante, es importante aclarar que, con antelación al desarrollo del estudio previo, debe agotarse la planeación del contrato, por ser este el paso que viabiliza la celebración

del mismo, y su importancia radica en su contenido, el cual deberá prever los objetivos, metas y las actuaciones tendientes a suplir la necesidad de la entidad contratante.

Los cuatro trámites que integran la estructura de esta etapa son, el estudio previo, la elaboración del pliego de condiciones, la selección del contratista y el acto de adjudicación en audiencia pública.

Respecto a la selección del contratista, la ley 1150 del 2007, artículo 2, prevé las cinco modalidades de contratación utilizadas por el Estado como son: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y por último la contratación de mínima cuantía; teniendo como “regla general en la selección de contratistas” la licitación pública por ser preferente en relación a las demás. (Ley 1150, 2007)

Ahora, para iniciar la etapa contractual identificada con la ejecución del contrato, el mismo debe encontrarse perfeccionado, es decir, debe existir acuerdo de voluntades con relación a su objeto y contraprestación, lo cual constara por escrito. Agotadas estas ritualidades, el contratista deberá desarrollar y materializar el objeto de la contratación, en la forma y en los plazos acordados con la entidad contratante, la que a su vez deberá cumplir con la contraprestación pactada.

Finalmente, la etapa pos contractual, está conformado por todos aquellos actos posteriores a la terminación del contrato, como la liquidación de común acuerdo o unilateral, la utilización de garantías y la reclamación de la cláusula penal pecuniaria, si fue pactada.

En consecuencia, se infiere que el delegante como titular de las actuaciones desarrolladas en la actividad contractual, tiene la potestad de transferir su ejercicio al delegatario, sin embargo, al delegar conserva funciones de control y vigilancia, que permiten al delegante conocer de las irregularidades que llegaren a vulnerar los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, y adoptar las medidas que correspondan.

Con base en lo anterior, se trae a colación el siguiente ejemplo: si un alcalde, transfiere a su secretario de gobierno, la facultad para celebrar contrato de obra de mayor cuantía, y en razón de esta delegación, el secretario convoca a licitación pública, en la que participa una persona que fue condenada penalmente por el delito de peculado por apropiación. Al cual termina adjudicándosele el contrato, por tener la oferta más favorable para la entidad, sin que el delegatario se percate que tal actuación está viciada de nulidad por la inhabilidad del contratista.

El alcalde en cumplimiento de sus deberes de control y vigilancia, descubre dicha inhabilidad y en consecuencia revoca las actuaciones hechas por el delegatario y el acto de delegación, reasumiendo sus funciones, adjudicando la licitación pública al oferente que ocupó el segundo puesto, siempre y cuando no se encuentre inmerso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad, y de esta manera ajusta el proceso de contratación a la normatividad aplicable y moralidad debida.

Por consiguiente, se concluye que la delegación en materia estatal se refiere a la facultad y competencia que transfiere el delegante al delegatario; para que adelante los trámites que son inherentes a la celebración de un contrato estatal, previa autorización legal, a través de un acto de delegación, sin que el delegante pierda la dirección y control de las actividades delegadas.

Capítulo 3: La Responsabilidad del Delegante por los Actos del Delegatario

Culminado el estudio de las nociones generales de la delegación en el ámbito contractual, se analizará la responsabilidad que puede recaer en el delegante, por la inobservancia de sus deberes de orientación, dirección, instrucción, seguimiento y control, contraídos al transferir sus funciones al delegatario. En consecuencia, se abordará este análisis, haciendo un recorrido normativo y jurisprudencial, determinando a su vez, los tipos de responsabilidad operantes para el delegante.

Bajo la concepción, que impuso la norma constitucional, en su artículo 211, por un tiempo, se tuvo como cierto que, la delegación, eximía al delegante, de la responsabilidad que pudiera derivarse del ejercicio de las funciones transferidas, pues la misma debía recaer únicamente en el delegatario, es decir; la norma superior señaló, al delegatario, como el único llamado a responder por los daños o perjuicios ocasionados en el cumplimiento de las funciones delegadas.

(Constitución Política de Colombia, 1991)

De modo que, la Constituyente ofreció una concepción tajante, donde establece una cláusula de exención de responsabilidad para el delegante, que generó todo tipo de dudas y contradicciones entre juristas, doctrinantes y apasionados del derecho, razón por la cual ha sido confrontada por todas aquellas normas legales expedidas con posterioridad, con el fin de transformar dicha concepción, respecto a la delegación en materia de contratación estatal, a través de su articulado, tales como la Ley 1150 de 2007, en su artículo 21, Ley 489 de 1998 art. 12 y lo consagrado en el párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, propósito que fue desarrollado conjuntamente con los pronunciamientos de las altas Cortes.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia del año 2002, aclaró que, no podía realizarse una lectura aislada y meramente literal del artículo 211 superior,

interpretando como si se instituyera la figura de la delegación, como una protección o escudo, diseñado para el beneficio del delegante, en tanto, esta figura administrativa es creada, para favorecer a la administración pública, pero no para apartar al delegante de responsabilidad, “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”.

(Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

En igual sentido expresó la Corte Constitucional, ilustrando que cuando un jefe o representante legal, de una entidad estatal, decida delegar ya sea total o parcialmente, el desarrollo de la actividad contractual, a un subalterno, no puede desprenderse, de la responsabilidad, que se origina del cumplimiento de los deberes de los que es titular. Esto es, de coordinar y dirigir las funciones que en principio le corresponden a la entidad y concretamente a su Despacho. (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

(...) pues cuando delega tiene el poder permanente de instrucción, y la responsabilidad de revisar el uso adecuado que el delegatario esté dando a las funciones que recibe, ya que son competencias que la Ley en principio le asigna a su Despacho, y es él quien debe velar con sumo celo por su ejercicio. (...) (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002).

Lo anterior indica, que al poner en práctica el mecanismo de delegación, el funcionario u organismo competente, no se separa de la responsabilidad de sus deberes, pues entre los sujetos, se establece un vínculo permanente y especial, que genera en el delegante la obligación de realizar control al inferior jerárquico, por el término y tiempo estipulado, a través de instrucciones y orientaciones que permitan al delegatario la toma de decisiones fundadas en las metas, planes y programas institucionales de la entidad, y debido a ello, se produce un constante acompañamiento del uno hacia el otro, siendo corresponsables en la modalidad administrativa objeto de estudio.

Así mismo, la norma legal, que regló lo concerniente a la contratación estatal y su delegación, Ley 80 de 1993, fue modificada, por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, en vista de la necesidad de distribuir la responsabilidad entre delegante y delegatario, y revistió de responsabilidad a los jefes y representantes legales de las entidades estatales, en la etapa precontractual y contractual cuando incumplan sus deberes de control y vigilancia. (Ley 1150, 2007)

Además, es oportuno señalar que en el parágrafo del art. 12 de la Ley 489 de 1998, se concibe que, cuando se delegue únicamente el acto de la firma, “no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.” (Ley 489, 1998), siendo este casi el único trámite, que se salió del camino y se postuló como la excepción en la cual el delegante siempre responde.

Con base en lo anterior la Corte Constitucional, en el año 2000, aclara las razones por las cuales, se excluye este trámite, de la exoneración de responsabilidad que imperaba en ese momento, entre las cuales, indica que la delegación de la firma no es propiamente un traslado de competencia y que la misma, se realiza con fines de agilización.

(...) 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. (Corte Constitucional, Vladimiro Naranjo Mesa, 2000).

Ahora bien, teniendo claridad, respecto a la responsabilidad del delegante por el ejercicio de la actividad contractual delegada, es necesario indicar, ¿por qué responde? y hasta que límites, y para ello es imprescindible, traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional, en el

2008, oportunidad en la cual asevera lo siguiente, “(...)El delegante solo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones (...)” (Corte Constitucional, Armando Valencia Casas, 2008).

En efecto, el delegante responde por la acción, omisión o extralimitación, suya o que el delegatario, despliegue en el desarrollo de las funciones delegadas, cuando las mismas sean contrarias a la Constitución y la ley, pues se presume que el cumplimiento de sus deberes le da dominio sobre las actuaciones delegadas, para revocar o reasumir sus funciones, antes que la ejecución de las mismas genere un daño antijurídico.

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) La función de control y vigilancia de la actividad contractual por parte del jefe del organismo o del representante legal, es un mínimo deber que le corresponde asumir, dada la importancia y trascendencia de la referida actividad, lo cual implica que frente a la omisión en el cumplimiento de la misma no queda duda de la responsabilidad que le asiste precisamente por la condición de director de los procesos precontractuales y contractuales, a pesar de la delegación que se haya realizado para tal efecto (...) (Corte Constitucional, Armando Valencia Casas, 2008).

Ahora bien, surge un interrogante más, ¿Si el delegante cumple sus deberes de control y vigilancia, sigue siendo responsable por los actos del delegatario?

Al respecto la Corte Constitucional, dispone lo siguiente:

Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonarían el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros (...) (Corte Constitucional, Armando Valencia Casas, 2008).

Pronunciamiento, que abre la puerta a un tema de vital importancia en cuanto a la determinación de la responsabilidad, como lo es, el principio de responsabilidad subjetiva, con el que cuentan los servidores públicos y que en pocas palabras refiere, “(...) el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros (...)” (Corte Constitucional, Armando Valencia Casas, 2008), es decir, que la responsabilidad se atribuye únicamente a la persona que ejecutó la acción, entonces, cuando el delegante, demuestre que cumplió con sus deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, y aun así, no pudiere evitar la comisión del agravio o infracción contra la Constitución y la ley, se exonera de responsabilidad, quedando como único responsable el delegatario por ser quien desplegó el actuar irregular.

Tal como lo manifiesta la jurisprudencia:

(...) la delegación exonera de responsabilidad al delegante para que ésta recaiga exclusivamente sobre el delegatario, cuando las acciones u omisiones son responsabilidad exclusiva del delegatario, es decir, se hacen sin intervención del delegante por lo que el delegatario estará respondiendo por el hecho propio (...) (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002).

Habiendo determinado de manera clara y concreta, la responsabilidad del delegante por el ejercicio de la actividad contractual es menester, precisar los escenarios en que pueden verse inmersos delegante y delegatario, los cuales fueron, introducidos, vía jurisprudencial, por la Corte Constitucional, como se avista a continuación:

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. (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002).

El primer escenario mantiene la teoría del artículo 211 de la norma superior, en el cual, el delegante se exime de responsabilidad, y la misma recae exclusivamente en el delegatario, en tanto se presume, que el delegante desconocía el actuar irregular del delegatario y aun en cumplimiento de sus funciones de control y vigilancia no pudo evitarlas. (Constitución Política de Colombia, 1991).

En el segundo escenario, el delegante sería el único responsable, por tenerse demostrado que el delegatario fue instrumentalizado, en el desarrollo de la actividad contractual, esto es que el delegante lo utilizó, con el fin, de conseguir la satisfacción de sus propios intereses, violentando la ley y la constituyente.

Finalmente, puede existir concurso de dolo y/o culpa grave del delegante y delegatario, ya que ambos sujetos partícipes de la delegación actúan con intención de generar un daño antijurídico, caso en el cual, responden solidariamente.

Por último, el artículo 51 de la ley 80 de 1993, determina cuales son los tipos de responsabilidades, que puede imputarse al delegante y delegatario, en materia contractual, estableciendo lo siguiente: “El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.” (Ley 80, 1993), las cuales, se estudiarán seguidamente.

3.1. La Responsabilidad Disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria, conforme al ordenamiento jurídico constitucional, es aquella en la cual pueden recaer los servidores públicos, cuando en desarrollo de sus funciones,

incurran en conductas que vulneren la Constitución, las leyes y los reglamentos. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por ello, en materia disciplinaria, se pretende imputar responsabilidad a través de sanciones, a los agentes estatales que han cometido faltas disciplinarias, con el fin de garantizar la pulcritud de la función pública, con sujeción a los principios que la rigen.

3.1.1. Las Faltas Disciplinarias en la Ley 734 De 2002 y Ley 1952 de 2019, Relativas a la Delegación en Materia Contractual. La falta disciplinaria, se encuentra contemplada en el artículo 23 de la Ley 734 del 2002 junto al artículo 26 del nuevo Código General Disciplinario, manteniendo la posición según la cual, constituye falta disciplinaria para el servidor público, la incursión en conductas que, “conlleven el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses” (Ley 734 , 2002), salvo que, su actuación se derive de alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad, que prevén las normas precitadas en los artículos 28 y 31, respectivamente.

Ahora, las faltas disciplinarias, podrán ser realizadas por delegante o delegatario, por acción, omisión o extralimitación de las funciones que tienen a su cargo, sin embargo, en consonancia con el criterio de culpabilidad, que exhibe cada uno de los articulados de las normas en estudio, estas faltas solo serán objeto de investigación disciplinaria a título de dolo o culpa.

En cuanto a las faltas que sean realizadas con culpa, el nuevo Código General Disciplinario, adicionó el artículo 29, el cual en su inciso 2 señala que, la culpa deberá ser calificada como grave o gravísima, para que sea objeto de investigación disciplinaria, es decir, cuando la conducta se cometa con culpa leve no será sancionable. (Ley 1952, 2019)

A su vez, las faltas disciplinarias, se clasifican en: faltas leves, graves y gravísimas.

Las faltas graves y leves, según el Código Único Disciplinario, en su artículo 50, se desprenden de “la inobservancia de los deberes, el abuso de derechos y funciones...”, (Ley 734 , 2002), sin embargo, el nuevo Código General Disciplinario, modificó el texto, excluyendo la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, como generadoras de faltas graves o leves, es decir, que este tipo de faltas, en la Ley 1952 del 2019, se encuentran tipificadas únicamente en los artículos que comprenden los deberes y las prohibiciones, a que debe sujetarse tanto delegante y delegatario como servidor público (Ley 1952, 2019).

Aunado a lo anterior, el ya derogado Código Único Disciplinario, contemplaba los criterios, mediante los cuales, podía determinarse la gravedad o levedad de la falta, a los que debía ceñirse el juez disciplinario, en aras, de identificar si la conducta endilgada, revestía levedad o gravedad, criterios que aún se mantienen, a excepción de los previstos en los numerales 1 y 9, del artículo 43, que fueron excluidos en el nuevo Código General Disciplinario, quedando solo los siguientes:

La naturaleza esencial del servicio; el grado de perturbación del servicio, la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, los motivos determinantes del comportamiento, o cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. (Ley 1952, 2019).

Es decir, que según el alcance que el juez disciplinario de a los reseñados criterios, delegante y delegatario, al ser servidores públicos, podrán ser investigados disciplinariamente, por faltas graves o leves. Es menester aclarar, que se hacen acreedores a las sanciones que recaen en este tipo de faltas, por el incumplimiento de sus deberes y la incursión en prohibiciones, que afecten sustancialmente el deber funcional propio del cargo que ostentan.

En cuanto a las faltas gravísimas, a diferencia de las anteriormente expuestas, se encuentran taxativamente expresas, tanto en la Ley 734 del 2002 y la Ley 1952 del 2019, con la discrepancia que, en esta última, se encuentran divididas según el ámbito en que pueden ser desarrolladas.

Ejemplo de ello es el artículo 54 del nuevo código disciplinario, que determina cuales son las faltas disciplinarias gravísimas, relacionadas con la contratación pública, siendo estas las que interesan a este estudio, por tratarse de las faltas en que puede incurrir simultáneamente delegante y delegatario, por el vínculo especial y permanente que sostienen, pero el delegante en este caso, únicamente responde por el deber de control y vigilancia, a que está obligado, dada la transferencia de funciones que realizó; siendo esta la diferencia entre las faltas graves y leves con las gravísimas, pues en las primeras responde por un listado de deberes que se le otorgan por tener la calidad de servidor público y en las segundas responderá únicamente por el deber residual de control y vigilancia que se desprende del acto de delegación. (Ley 1952, 2019)

La Ley 1952 del 2019, enlista las siete faltas gravísimas a las que se harán merecedores, delegante y delegatario, en materia de contratación estatal, una de ellas es, “aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley” (Ley 1952, 2019, art. 54), por ejemplo, cuando el delegante faculta al delegatario, para que lleve a cabo la celebración de los contratos estatales que la entidad requiere, los cuales deberán iniciarse a través de licitación pública, sin embargo, el delegatario, declara la urgencia manifiesta sin que realmente exista, para poder contratar directamente y así evadir todos aquellos trámites de control que integran el procedimiento de licitación.

Del escenario recreado, se pueden identificar las formas en las que se imputa responsabilidad disciplinaria al delegatario y delegante en materia de contratación estatal, el primero de ellos está llamado a responder por falta gravísima, consecuencia de una acción, que fue desplegada a título de dolo.

Sucesivamente será llamado a responder el delegante por falta gravísima, resultado de la omisión de sus funciones de control y vigilancia, a título de culpa grave, pues al incumplir su deber propició que la conducta pudiese ser ejecutada por el delegatario, igualmente podría responder a título de dolo, si teniendo conocimiento de estos hechos, apoyara su realización, siendo este el motivo por el cual no la evitó.

3.1.2. Sanciones Establecidas en la Ley 734 De 2002 y Ley 1952 De 2019, Relativas a la Delegación en Materia Contractual. La sanción disciplinaria, es la forma que concibe la ley, para castigar a los servidores públicos, que han incurrido en una alguna falta disciplinaria, con ocasión al cumplimiento de una función estatal.

Por ello, el delegante es susceptible de ser sancionado disciplinariamente, cuando se compruebe que ha incurrido en falta leve, grave o gravísima en el desempeño de sus funciones, a título de dolo o culpa grave, y será ejecutada por el funcionario competente, cuando exista un fallo ejecutoriado que demuestre responsabilidad; de lo contrario se presume inocente.

Se reitera, además, que con relación a la contratación estatal, el delegante será sancionado por falta gravísima, por el incumplimiento o cumplimiento irregular de su función residual de control y vigilancia, por ello la sanción respectiva a dicha falta cuando sea cometida a título de dolo es, destitución e inhabilidad, presupuesto que no se modificó, pues en la Ley 734 de 2002, se contemplaban, como faltas gravísimas las mismas conductas relativas a la contratación pública, sin variar la sanción.

Ahora, cuando se ocasione por culpa grave, también es responsable por falta gravísima, pero con diferente sanción, es decir, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término. Por el contrario el anterior Código Disciplinario en el numeral 9 del artículo 43 contemplaba que “La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida

con culpa grave, será considerada falta grave” (Ley 1952, 2019), es decir, que con anterioridad a la referida ley, no existían faltas gravísimas a título de culpa grave, pues se consideraba que si su ejecución obedecía a dicho título, sería falta grave.

Cabe resaltar que dichas sanciones tienen unos criterios de graduación como son: atenuantes y agravantes, por ejemplo, confesar su falta y de esta manera atenuar la sanción, pero se podría dar también el caso en el que se agravara, por tener conocimiento de la ilicitud.

Ahora, las sanciones correspondientes, para las faltas graves cometidas con dolo, están contempladas en el Código General Disciplinario, artículo 48, numeral 4 que dispone la suspensión en el cargo e inhabilidad especial por el mismo término, y las leves cometidas con dolo establecidas en el numeral 6 del mismo artículo, con multa. Cada sanción será establecida de acuerdo a la determinación de los criterios de gravedad o levedad de la falta disciplinaria cometida. (Ley 1952, 2019).

De acuerdo al anterior código las sanciones estaban establecidas igualmente, pero con distinto término, respecto a las faltas graves o leves cometidas con dolo, la norma dispuso la suspensión e inhabilidad especial. Y para las faltas leves se estipulaba la multa (Ley 734 , 2002)

Para las faltas graves cometidas con culpa grave, el Código General Disciplinario, establece la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo, y para las faltas leves cometidas con culpa grave, se establece multa. Sin embargo, el anterior código disciplinario, disponía para las faltas graves realizadas con culpa grave, la sanción de suspensión, pero con distinto término, y las leves con culpa grave con amonestación escrita, por lo que se denota un cambio en cuanto a las sanciones impuestas respecto al nuevo código, pues del actual se eliminó la amonestación escrita y se reemplazó por multa.

Con lo anterior queda determinadas las sanciones que serán impuestas al delegante, cuando cometa alguna falta disciplinaria, añadiendo que, quien debe en primera instancia sancionar es la

oficina de control disciplinario interno y en segunda instancia el Procurador General de la nación, sin menoscabo del poder disciplinario preferente otorgado por la ley.

Se puede concluir entonces que, el servidor público, en uso de la delegación en materia contractual, debe tener en cuenta, que, sobre él, recaen dos formas de responsabilidad disciplinaria, la primera respecto al deber de guardar obediencia a los principios y normas de la gestión pública, por el cargo de jefe o representante legal que ostenta dentro de la entidad estatal, y la segunda, responderá por el incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia, es decir, el régimen disciplinario, busca proteger el interés jurídico configurado como el eficaz, eficiente y correcto ejercicio de la función pública.” (Corte Constitucional; Jaime Córdoba Triviño, 2006)

3.2. Responsabilidad Penal

Dentro de los diferentes tipos de responsabilidad establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia, se encuentra la responsabilidad penal derivada de la delegación en materia de contratación estatal, la cual, puede resumirse en aquella en que incurren los servidores públicos, cuando en ejercicio de sus funciones, cometen actos u omisiones tipificadas dentro del Código Penal Colombiano como delitos contra la administración pública.

Sin embargo, es importante aclarar que, el estudio de la responsabilidad penal, se limitará a estudiar aquellos delitos que se derivan directamente del contrato estatal, los cuales están contemplados dentro del capítulo cuarto, de la celebración indebida de contratos.

Además, para que sea posible imputar responsabilidad penal, debe demostrarse que la acción u omisión desarrollada por el delegante, es dolosa, en razón, a que todos los delitos contemplados por el Código Penal se presumen dolosos, y excepcionalmente serán culposos cuando el mismo tipo penal, así lo disponga. Por ejemplo, existe el delito de homicidio, y a su

vez existe el homicidio culposo, porque la misma norma lo establece, pero en los delitos contra la administración pública, capítulo IV, De la celebración indebida de contratos, no es así, por lo que se infiere que estas conductas únicamente son atribuibles a título de dolo, por afectar directamente el patrimonio público. (Ley 599 , 2000)

3.2.1. Delitos Contemplados en el Código Penal, Cometidos en el Ejercicio De La Actividad Contractual. El Código Penal Colombiano prevé cuales son los delitos que se cometen en contra de la administración pública y dedica uno de sus capítulos a la “Celebración Indebida de Contratos”, compuesto por los cuatro delitos concernientes al estudio de la presente monografía. (Ley 599 , 2000)

3.2.1.1. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. “El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá (...)” (Ley 599 , 2000, art. 408)

Para el análisis del anterior artículo, se debe tener presente que las sanciones que establece el código penal, están dirigidas a un sujeto activo cualificado, por tener la calidad de servidor público, quien, en materia de delegación contractual, puede ser delegante y/o delegatario, es decir, los delitos que hacen parte de este capítulo van dirigidos a una comunidad en especial, y la integran todos aquellos funcionarios que conforman el Estado y por tal desarrollan función pública, en este caso la celebración de contratos estatales.

Ahora, el verbo rector de este delito es, intervenir, es decir, la conducta se entiende materializada cuando el delegante o delegatario, intervenga, en cualquiera de los trámites descritos en el texto del artículo, vulnerando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; sobre este punto cabe resaltar, que el texto al precisar dichos trámites, limita el tiempo y espacio

en el cual puede ejecutarse la conducta, siendo según su descripción, la etapa pre contractual, el escenario propicio para su realización, pues la misma va hasta la celebración del contrato.

Por otro lado, se entiende por inhabilidades todas aquellas prohibiciones o impedimentos que se traducen en la imposibilidad del servidor público para acceder a un empleo del estado, como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia C-544 del 2005, existen también las inhabilidades sobrevinientes, las que aparecen durante el desempeño del cargo. En tanto las incompatibilidades son limitaciones previstas, para quienes ya se encuentran desempeñando función pública, al imposibilitarlos para ejercer a la misma vez actividades o empleos que eventualmente puedan obstaculizar el desarrollo de la gestión pública, (Sentencia C 426, Hernando Herrera Vergara, 1996).

En consecuencia, la penalización de esta conducta punible, busca proteger el principio de transparencia en la contratación estatal, en las etapas que según la norma legal puede materializarse el delito, es decir, su protección, se extiende a toda la etapa precontractual.

Además, es menester aclarar que los delitos desarrollados en este capítulo pertenecen a los denominados, tipos penales en blanco, por no contar su descripción típica, con los elementos necesarios para que se configure la conducta punible, debiendo remitirse a otras normas legales que puedan complementarla, por ejemplo, en el caso específico del delito en estudio, el Juez Penal, debe remitirse a la norma superior, artículos 126 en adelante, al Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, artículos 8 y siguientes y la Ley 1474 del 2011, artículos 1 y 2, que establecen las inhabilidades e incompatibilidades.

Con base en lo anterior un ejemplo de este delito, en la delegación de la actividad contractual podría darse cuando, el delegante transfiere al delegatario la función para celebrar un contrato estatal, y orienta al delegatario, para que en la escogencia del contratista, no exija los antecedentes de orden penal y disciplinario de los contratistas, y el delegatario, a sabiendas, que

no es un requisito del que se pueda prescindir, lo omite, y termina por adjudicar el contrato al oferente que se encuentra inhábil.

Por último, el artículo 408 del Código Penal, establece las sanciones a que se hará acreedor el delegante, en dos clases, las principales que son, prisión de 64 a 216 meses y multa de 66,66 a 300 S.M.L.M.V., y como accesoria, inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el término de 80 a 216 meses, según lo establece el art. 52 de la Ley 599 del 2000.

Sobre este punto, el artículo 33 del Estatuto Anticorrupción, establece una circunstancia de agravación punitiva, en relación a que la pena, “se aumentará de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del estado” (Ley 1474, 2011, art. 33).

3.2.1.2. El interés indebido en la celebración de contratos.

“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión (...)” (Ley 599, 2000, art. 409).

De lo anterior, se infiere que, el sujeto activo de este delito, es cualificado por tratarse de un servidor público, que en la delegación de la actividad contractual podrá identificarse con el delegante o delegatario.

Ahora, el verbo rector con el que se identifica esta conducta es interesarse, esto es, debe originarse en el delegante y/o delegatario, un interés, ya sea en provecho propio o de un tercero, y se materializa sobre una operación contractual de la cual tiene poder en razón del cargo que es titular; este tipo penal protege el principio de transparencia, de la actividad contractual.

En consecuencia, para que esta conducta sea consumada, las actuaciones que realice el servidor público, deben abandonar el interés general que debería motivar la función pública y

desconocer los principios por los que debe regirse, así mismo, lo expresa la Corte Constitucional, en el año 2003, manifestando:

Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente. (Sentencia C-128, Alvaro Tafur Galvis, 2013)

Ahora, como lo indica la Corte Suprema de Justicia, en el año 2014, el tipo subjetivo del delito requiere que la acción sea desplegada a título doloso, en razón a que los sujetos de la delegación, proceden con conocimiento y voluntad. (Sentencia SP14623, Fernando Castro Caballero, 2014), pues la infracción nace de un interés que se origina del servidor público.

En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 29614 del 2009, señalando que, el interés que prevé este delito no es necesariamente pecuniario, es decir, que este interés no siempre está encaminado a la obtención de utilidades, sino que también puede obedecer a la inclinación que puede sentir el servidor público hacia una persona o entidad, desconociendo aquellos principios a los que deben regirse sus actuaciones, como son la transparencia y selección objetiva. (Sentencia No. 29614, Yezid Ramires Bastidas, 2009), además aclara que este delito, se extiende a la totalidad de las actuaciones que se desarrollan en materia contractual, es decir, que puede presentarse en fases previas, concomitantes y posteriores del contrato estatal.

Un ejemplo podría ser, cuando un alcalde tiene la intención de contratar a una persona natural que realizó aportes en su campaña política, pero es consciente que por esta razón no puede hacerlo, sin embargo, decide delegar a un secretario, comunicándole su intención, ya que la única manera viable para realizar la adjudicación, es transfiriéndole dicha función, por no tener

éste ningún vínculo con el contratista, que impida que se le adjudique el contrato, materializando a través de la contratación estatal, el llamado nepotismo o pago de favores.

Sin embargo, este delito resulta difícil de probar, teniendo en cuenta que, ni la jurisprudencia, ni la ley, ofrecen una explicación detallada, para identificar, cuando, las actuaciones que adelanta el servidor público, obedecen a un interés indebido, o si, al contrario, el agente estatal, está actuando conforme al interés general, razón por la cual se ubica este delito como uno de aquellos tipos penales en blanco, por la omisión del legislador en su descripción.

Por último, la ley 599 del 2000, prevé las sanciones principales y accesorias que acarrea, la comisión de este delito, así:

Las sanciones principales para el servidor público que en uso de sus funciones cometa este delito son, la condena a permanecer en prisión de 64 a 216 meses y multa de 66,66 a 300 S.M.L.M.V., y como sanción accesoria, inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses, como dispone el artículo 52 del Código Penal, sanciones que fueron aumentadas de una sexta parte a la mitad, por el artículo 33 del Estatuto Anticorrupción, el cual establece una agravación punitiva para estos delitos, cuando sean realizados por el servidor público que integre los organismos de control del Estado. (Ley 599 , 2000)

3.2.1.3. Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales. “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión (...)” (Ley 599, 2000, art. 410)

Del análisis de este artículo se desprende que, como ya se ha mencionado antes el sujeto activo es cualificado, además este delito está compuesto por tres verbos rectores, que son: tramitar, celebrar o liquidar, de los cuales se infiere que, las etapas contractuales, en las que

puede ser ejecutada esta conducta, son, la etapa precontractual, con relación a la tramitación y celebración, y la pos contractual, tratándose de la liquidación.

En consecuencia, para la materialización de esta conducta es necesario que el servidor público, en este caso el delegatario a quien se le han transferido las funciones que se derivan de la actividad contractual, tramite celebre o liquide, un contrato sin el cumplimiento de los requisitos esenciales y que el delegante, a su vez, ignore la importancia de los mismos, debiendo ser sancionados penalmente.

En estudio de la Corte Suprema de Justicia sobre este delito, manifestó que, “El interés jurídico tutelado en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es el principio de legalidad en la contratación administrativa”. (Corte Suprema de justicia, Proceso 18754, CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, 2013)

Es decir, la penalización de este delito, tiene la finalidad de garantizar la legalidad de las actuaciones y procedimientos, que se ejecutan en la actividad contractual delegada, imponiendo al servidor público a cargo de estas funciones, la obligación de agotar todos los requisitos esenciales, en las etapas ya precitadas, a que debe someterse el contrato estatal, pues su incumplimiento pondría en entredicho la legalidad de lo actuado.

Ahora bien, en cuanto a este delito, su dificultad radica en la omisión del legislador, al momento de describir taxativamente esos requisitos que resultarían esenciales para la celebración de un contrato estatal, pues el estatuto de la contratación, establece únicamente como esenciales, la existencia del acuerdo sobre el objeto y contraprestación del contrato, y que el mismo conste por escrito. Sin embargo, vía jurisprudencial, las altas cortes, han manifestado la existencia de muchos más, lo que también se evidencia en las diferentes normas legales y especiales que complementan el Estatuto de la Contratación Estatal.

Por tanto, este delito es considerado como un tipo penal en blanco, por no contar con los elementos específicos para la configuración de la conducta punible, no obstante, existe una explicación, y es la constante modificación de las normas que comprenden la actividad contractual del Estado, por esta razón el legislador tuvo que limitarse a hacer descripciones genéricas, de manera que, permitiera el ingreso de los escenarios, que introducían los reglamentos en vigencia, sin llegar a desconocer o excluir alguno de ellos.

Aunado a lo anterior, la Corte ha aclarado, que la existencia de los tipos penales en blanco, es válida, siempre y cuando cuenten con las normas legales para su remisión, que en la contratación estatal son, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y el Decreto 734 de 2012, entre otras, es decir, si existen requisitos esenciales enunciados expresamente, pero están distribuidos en la normatividad aplicable a cada contrato, esto es, que no podrían ser enunciados en el delito, pues existe un formato exclusivo para cada uno de ellos.

Empero, existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que estudia el delito del contrato sin cumplimiento de requisitos y concluye, que los principios que rigen las actuaciones en la contratación, como, la responsabilidad, la economía, la selección objetiva y la transparencia, equivalen a los requisitos esenciales, por encontrarse como inquebrantables en la norma superior y las legales que integran la contratación estatal, e intenta explicar que los requisitos esenciales, se agotan cuando todos los trámites que se desarrollan en la actividad contractual se sujeten a estos principios (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 17088, Alvaro Orlando Perez Pinzón, 2000)

Por ejemplo, la Ley 80 de 1993, en su artículo 25, contempla el principio de la economía, el cual prevé, en su numeral 13 que, “Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de

actualización de precios” (Ley 80, 1993), es decir, cuando al delegatario, se le transfieran funciones para la celebración de un contrato estatal, en los trámites previos deberá hacer esa reserva presupuestal, pues de no hacerlo vulneraría el principio de la economía y celebraría un contrato sin el lleno de los requisitos esenciales.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema se pronunció en el año 2003, manifestando que:

No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador. (Corte Suprema de Justicia, 2003, rad. 31654)

En conclusión, este delito, impone al juez penal, la obligación de remitirse a cada uno de los formatos diseñados, para cada contrato estatal, de manera que, pueda determinar el grado de importancia que tienen, esto es, para diferenciar cuales son investigables o no penalmente.

Ahora, respecto a las sanciones que contempla el código para esta conducta punible, son de dos clases principales y accesorias, las primeras son prisión 64 a 216 meses y multa de 66,66 a 300 S.M.L.M.V, y como sanción accesoria inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos, como dispone el artículo 52 del mismo, de 80 a 216 meses, sanciones que fueron aumentadas por el art. 33 del estatuto anticorrupción que prevé una circunstancia de agravación punitiva, cuando quien cometa esta conducta sea un servidor público que ejerza como funcionario de un organismo de control del estado, se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad. (Ley 599 , 2000)

3.2.1.3.1. Acuerdos Restrictivos de la Competencia.

Por último, la Ley 1474 del 2011, adicionó la conducta punible descrita, numerada con el artículo 410A, que reza:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual (...)” (Ley 599, 2000, art. 410A).

Este delito a diferencia de los primeramente expuestos, está integrado por un sujeto activo indeterminado, es decir, que no se dirige a una población específica, sino que la comisión de la conducta punible recae en cualquier persona interviniente en el desarrollo de la actividad contractual, incluyendo al servidor público.

Ahora, el verbo rector es, concertar, por lo tanto, debe existir un acuerdo o colusión, entre dos o más personas naturales o jurídicas, para alterar el proceso contractual, además, esta norma delimita los escenarios en los cuales puede producirse el delito, comprendidos en la etapa pre contractual, reduciéndose a la selección del contratista, específicamente cuando se adelante por licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, es decir, la penalización de este delito persigue la protección del principio de selección objetiva, previniendo a los intervinientes de la contratación estatal, pues de ser transgredido se harán acreedores de las sanciones penales que corresponden, pudiendo concluir que el campo de acción para la ejecución de este delito, no se prolonga a través de las etapas del contrato, sino que se restringe a las enunciadas.

Otra diferencia que existe, con los demás delitos, es que no es un tipo penal en blanco, pues la norma legal que lo prevé, contiene los elementos específicos para determinar su comisión, sin necesidad de remitirse a otras disposiciones legales extrapenales.

Ahora, existen diversas formas en que se puede configurar la colusión, en materia de contratación estatal, entre ellas, “la colusión a través de la modificación del proceso de selección, la colusión entre oferentes y el servidor público, y por último, prevé la colusión entre oferentes” (Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,

2018), de las cuales, llama la atención las dos primeras, teniendo en cuenta que, en estas existe la intervención de un servidor público que puede ser delegante o delegatario, es decir, es más factible identificar la responsabilidad del delegante al momento de delegar, que en el tercer escenario propuesto.

Por ejemplo, cuando el ordenador del gasto, transfiere la función de celebrar contratos de mayor cuantía a un subalterno, y el mismo convoca a licitación pública, para celebrar un contrato de obra, para la rehabilitación de la maya vial de los barrios x y z, de la ciudad de Ocaña, y dispone como criterios de selección, la experiencia y antecedentes laborales, a sabiendas que el contratista a quien busca favorecer es el único que cumple esos requisitos, razón por la cual termina por adjudicársele el contrato. No obstante, por su trayecto en el mercado, su oferta suponía un costo adicional, del que tenían conocimiento tanto delegante como delegatario, cuando la oferta fue puesta en conocimiento, causando un detrimento en el erario público.

Evidenciándose, la corresponsabilidad en que incurren el delegante por no haber impedido la adjudicación y el delegatario por haber alterado el modo de selección del contratista en aras de favorecer al oferente.

Para concluir, es importante precisar que, aunque a primera vista podría entenderse que la responsabilidad penal derivada de las actuaciones que desarrolla el delegatario, únicamente le correspondería a él, pues el derecho penal, al igual que el derecho disciplinario, es subjetivo en la atribución de responsabilidad, empero, el vínculo especial que une a delegante y delegatario, implica que la responsabilidad, recaiga sobre los dos.

Además, los delitos que se cometen en desarrollo del contrato estatal, son dolosos, es decir, que estos delitos excluyen la posibilidad de graduar la participación y la sanción, por no admitir su imputabilidad a título culposo, razón por la cual delegante y delegatario, siempre responderán como autores y/o coautores, de estas infracciones, debiendo en el trámite de la investigación

demostrarse que la conducta se realizó con dolo, por el contrario, si no se demuestra, el sujeto procesal será absuelto.

3.3. La Responsabilidad Patrimonial

3.3.1. Regulación en Colombia que hace Viable la Responsabilidad Patrimonial.

Para el adecuado estudio de la responsabilidad patrimonial en Colombia, se debe iniciar analizando el artículo 90 de nuestra Carta Nacional, que refiere:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es decir, el Legislador, según Esguerra, impuso la carga al Estado para responder por los daños antijurídicos realizados por sus agentes, cuyo fin es garantizar el resarcimiento de los agravios que se cometan al actuar en su nombre, bajo el mando de servidor público, pero además le dio la potestad para repetir contra los mismos, cuando se demuestre que el actuar del agente estatal fue con dolo o culpa grave, en suma, para que se constituya la responsabilidad patrimonial, primero debe haberse demostrado que el daño antijurídico realizado por los sujetos involucrados es decir delegante y/o delegatario, generó un detrimento al patrimonio público. (Esguerra, 2008)

Posición que es reiterada por la Corte Constitucional, en el año 2002, así:

(...) si se establece que la responsabilidad patrimonial del Estado se debió a la acción u omisión dolosa o gravemente culposa del delegante, éste podrá ser llamado a responder

solidariamente con el delegatario, por el grado de su participación en la actuación que causó el daño. (...) (Corte Constitucional, Sentencia (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

De lo anterior se deduce que el delegante puede ser llamado a responder patrimonialmente, pero, solo por la acción u omisión, dolosa o gravemente culposa, respecto de sus funciones de control, dirección, orientación y vigilancia, puesto que según la Corte el delegante “desde su posición como jefe o representante legal de la entidad pública, queda vinculado con el delegatario en la gestión contractual” (Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño, 2002)

Además, el delegante, responde de acuerdo a su participación, que está determinada bajo los tres escenarios mediante los cuales se puede determinar la responsabilidad de los servidores públicos, ya sea que la responsabilidad recaiga exclusivamente en el delegante o el delegatario, o cuando existe concurso de dolo o culpa grave, razón por la cual responden solidariamente, por el daño antijurídico que causaron.

Es decir, puede ocurrir que en el desarrollo de la etapas contractuales, el delegatario cometa algún tipo de irregularidad por acción u omisión en las funciones delegadas, ocasionando un daño antijurídico, convirtiéndolo automáticamente en responsable, pero, además como lo menciona la Corte, si se establece que el delegante incumplió sus deberes funcionales de dirección, vigilancia y control de los actos del delegatario, bajo la conducta de dolo o culpa grave, también sería llamado a responder, configurándose así la responsabilidad solidaria, contando el Estado con los mecanismos de la acción de repetición o llamamiento en garantía, para llamar a responder al agente estatal que generó el daño, con el fin de recuperar los dineros dados como resarcimiento a los terceros afectados.

Así las cosas, en representación de lo anterior, según Téllez puede ocurrir que el delegante imparta “instrucciones u orientaciones erradas al delegatario ocasionándole un daño antijurídico a alguna persona natural o jurídica mientras éste ejercía la función objeto de delegación, obligado

al Estado a indemnizar a esa persona.” (p.13) (Roncancio, 2010) Por lo que ambos responderían, y sería el delegante también responsable patrimonialmente por las razones expuestas anteriormente.

Por tanto el legislador, previo la configuración de responsabilidad solidaria, para evitar que el delegante se exonerará de responsabilidad, en atención a que, en la contratación pública, brilla el devastador flagelo de la corrupción administrativa en el cual se realiza deterioro al patrimonio público, bajo intereses personales, siendo injusto endilgarle al delegatario únicamente la responsabilidad, cuando el delegante tiene por obligación, el control y vigilancia de todos y cada uno de los actos, y decisiones que el delegatario asuma en la delegación.

Ahora, la responsabilidad patrimonial, se encuentra regulada jurídicamente por medio de la Ley 678 de 2001, la cual “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 artículo 2, parágrafo 4, de la mencionada Ley, advierte que en virtud del acto de delegación no se exonera de responsabilidad patrimonial al delegante, por cuanto podrá ser llamado a responder solidariamente junto con el delegatario por los actos u omisiones que se cometan atentando contra el desarrollo normal de la delegación e infringiendo los principios reguladores de las actuaciones contractuales como son, la transparencia, economía y responsabilidad. (Ley 678, 2001)

Por otra parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de los mecanismos con los que cuenta el Estado para hacer efectivo el reembolso de lo pagado, al ser condenado patrimonialmente por daño o culpa grave del delegante.

En primera medida encontramos la acción de repetición que jurisprudencialmente se define:

(...) Como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. (...) (Sentencia C-832, Alvaro Tafur Galvis , 2002)

Por otro lado, el llamamiento en garantía corresponde a “(...) una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia”. (Sentencia C- 170, Alberto Rojas Rios, 2014)

Ambos mecanismos tienen la misma finalidad, y su diferencia radica en que en el primero se recurre al servidor público finalizado el proceso para iniciar otro en su contra, y en el segundo se vincula al delegante en el transcurso del proceso, para que de su propio peculio asuma el monto de la indemnización a que se condene.

Del anterior recorrido podemos concluir que, en materia de contratación estatal, el delegante no se exime de responsabilidad patrimonial, pues el Legislador se ha encargado de asegurar que el mismo sea llamado a responder conforme al principio de responsabilidad subjetiva, cuando se establezca que cometió conductas dolosas o gravemente culposas por acción u omisión de sus deberes de control y vigilancia de los actos cometidos por el delegatario en desarrollo de la delegación.

Capítulo 4. Conclusiones

Del análisis realizado en este trabajo monográfico, se concluye que la delegación es una herramienta creada por la Constitución, desarrollada por la ley y aclarada por la jurisprudencia, que autoriza transferir la competencia de la gestión contractual, de una autoridad jerárquicamente superior a otra de rango inferior, por medio del acto de delegación.

Así pues, es posible delegar funciones para todas las etapas contractuales o para alguna acción específica dentro del proceso, en la medida de las necesidades de la entidad estatal, buscando descongestionar y agilizar su estructura, con apego a los principios de colaboración armónica y coordinación.

La práctica de la delegación, además, establece un vínculo especial y permanente, que genera en el delegante el deber de tutelar, el efectivo cumplimiento de las funciones transferidas, y la potestad de reformar y revocar los actos que realice el delegatario cuando los mismos afecten los principios de la función pública y los cometidos estatales. En consecuencia, dicho vínculo hace que se genere la función residual de control y vigilancia, que acarrea para el delegante responsabilidad cuando la misma es incumplida o cumplida irregularmente a título de dolo o culpa grave.

Por consiguiente, del recorrido normativo y jurisprudencial, realizado en la monografía, se obtuvo la determinación de responsabilidad operante para el delegante en materia disciplinaria, penal y patrimonial, a través de tres escenarios que fueron aportados por la Corte Constitucional, al establecer el límite de responsabilidad y el alcance de la institución jurídica de la delegación en el año 2002.

El primer escenario, determina la exoneración de responsabilidad disciplinaria, penal y patrimonial del delegante, por los actos del delegatario, al demostrarse que el jefe o representante

legal de la entidad estatal, cumplió con su deber de control y vigilancia realizando dirección, orientación, instrucción y seguimiento al subordinado, sin que pudiera evitar el actuar irregular del delegatario, por ello el autor de la conducta es únicamente el delegatario, sin participación alguna del delegante, en dicho caso se configura la cláusula de exención de responsabilidad, tal y como lo dispone el artículo 211 constitucional.

El segundo escenario escudriñado, hace referencia a la imputación directa de responsabilidad al delegante por dolo o culpa grave en la ejecución de control y vigilancia que le pertenece, debido a que instrumentaliza al delegatario para la comisión de conductas ajenas a los principios de la función pública, por ello, el delegante en materia disciplinaria es autor de la falta, al determinar al delegatario a realizar la conducta.

En consecuencia, el tipo de falta por el cual debe ser sancionado es gravísima, tratándose de contratación estatal, en este caso, aplica la sanción de destitución e inhabilidad general pues es cometida con dolo. Además, puede recaer en una falta grave o leve a título de dolo, al utilizar al delegatario para alejarse de sus deberes legales y reglamentarios pertenecientes a su cargo de jefe o representante legal, su sanción será de suspensión en el cargo o multa, respectivamente.

La responsabilidad penal del delegante en el presente escenario, se determinó a través del estudio minucioso de los cuatro delitos pertenecientes a la contratación estatal, de los cuales se obtuvo que no admiten culpa grave, es decir, la calificación de la conducta siempre será dolosa, por ello el delegante, siempre será autor de la conducta punible, pues utilizó como instrumento al delegatario para cometer el delito.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial en dicho escenario, la misma procede en contra del delegante cuando se tenga demostrado que al utilizar al delegatario para cometer la conducta, genero un daño antijurídico, de ahí que el estado entre a repetir contra de delegante y/o

delegatario a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

Finalmente, el tercer escenario, el cual establece la responsabilidad solidaria entre delegante y delegatario, por concurso de dolo y/o culpa grave, en la conducta que ocasiona el daño antijurídico, por esta razón, el delegante en materia disciplinaria será responsable de acuerdo a la calificación de su conducta, y será merecedor de la sanción correspondiente. Además en materia penal, será coautor de la conducta punible junto al delegatario a título de dolo y será llamado a responder patrimonialmente por su grado de participación en la conducta que causo daño antijurídico.

No obstante, se aclara que, en garantía del debido proceso, los tipos de responsabilidad atribuibles al delegante, deben ser demostrados a través de las acciones correspondientes, de lo contrario el delegante será considerado inocente. Además dichas acciones son independientes entre sí, pero pueden concurrir por la acción de la falta o delito.

Con lo anteriormente expuesto, queda concretado, las características generales de la delegación en materia contractual, su funcionamiento y la determinación de responsabilidad que recae en el delegante cuando por acción, omisión o extralimitación de su función de control y vigilancia, incurra en conductas que vayan encaminadas al detrimento de la función pública.

Además queda demostrado, que la delegación es una figura, que ha sufrido arduas modificaciones legales y jurisprudenciales, desde su concepto hasta la inclusión de herramientas jurídicas que permiten responsabilizar al delegante por los actos del delegatario. Pues inicialmente, se exoneraba de responsabilidad al delegante, lo que generó el aumento progresivo de actos de corrupción y la incursión en delitos concernientes al contrato estatal, y es allí donde cobra importancia la legislación y la postura de las altas cortes, pues coligieron dicha

exoneración, sintetizado que solo opera cuando se cumple de forma idónea, la función de control y vigilancia, en salvaguarda del principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos.

Desde luego y tal como queremos resaltar, dicha determinación de responsabilidad disciplinaria, penal y patrimonial es un aporte a los servidores públicos, que tienen a su cargo la representación de las entidades estatales y el control y vigilancia de la actividad contractual, precontractual y pos contractual de dichas entidades.

Referencias

- Corte Constitucional; Jaime Córdoba Triviño. (4 de octubre de 2006). Sentencia C-819. Colombia.
- LOPEZ PEDRAZA, H. A., & YARA DELGADO, S. J. (2011). *Repositorio Universidad Militar Nueva Granada*. Obtenido de Responsabilidad de los servidores públicos en el desarrollo de la Contratación Estatal:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3563/LopezPedrazaHelberthaAntonio2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Diario Oficial del Senado de la Republica. Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 .
- Corte Constitucional, Alfredo Beltran Sierra. (4 de Agosto de 1999). *Sentencia C-561*. (C. constitucional, Ed.) Bogota: Relatoria Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Armando Valencia Casas. (9 de julio de 2008). Sentencia C-693- 2008. Colombia: Relatoria de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Jaime Córdoba Triviño. (15 de Mayo de 2002). Sentencia C-372. Colombia: Relatoria Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Vladimiro Naranjo Mesa. (21 de Junio de 2000). Sentencia C-727. Colombia: Relatoria de la Corte Constitucional.
- Corte Suprema de justicia, Proceso 18754, CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. (20 de mayo de 2013). Sala Casación Penal. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 17088, Alvaro Orlando Perez Pinzón. (19 de diciembre de 2000). Sala Casación Penal. Colombia.

- Esguerra, J. c. (2008). *Biblioteca Jurpídica Virtual del instituto de investigación jurídicas de la Unam*. Obtenido de La responsabilidad patrimonial del estado en Colombia, como garantía constitucional: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>
- Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (noviembre de 2018). *Tipologías de la Corrupción en Colombia Tomo III*. Obtenido de Celebración Indevida de Contratos: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-III.pdf>
- León, C. A. (2011). *Repositorio de la Universidad del Rosario*. Obtenido de Delimitación de responsabilidad del delegante a través del principio de confianza: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2656/NunezdeLeon-CarlosAndres-2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley 1150. (16 de Julio de 2007). *Diario Oficial No. 46.691 del Senado de la Republica. Colombia* .
- Ley 1952. (28 de Enero de 2019). *Diario oficial No. 50.850 del Senado de la Republica. Colombia*.
- Ley 489. (30 de Diciembre de 1998). *Diario Oficial 43.464 del senado de la Republica. Colombia*.
- Ley 599 . (24 de julio de 2000). *Código Penal Colombiano. Diario Oficial No. 44.097 del Senado de la Republica. Colombia*.
- Ley 678. (4 de agosto de 2001). *Diario Oficial No. 44.509. Colombia* .
- Ley 734 . (13 de febrero de 2002). *Senado de la Republica . Diario Oficial No. 44.708 . Colombia*.
- Ley 80. (28 de Octubre de 1993). *Diario oficial del Senado de la Republica. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Colombia*.

- Lucy Jeanette Bermudez Bermudez. (12 de Agosto de 2013). Sala de lo Contencioso Administrativa. *Rad. 11001-03-28-000-2012-00043-00*. Bogotá D.C, Colombia.
- Politecnico de Colombia. (15 de diciembre de 2016). *Diplomado de Contratación estatal*.
Obtenido de Etapas de Contratación estatal.
- Restrepo, M. (2007). La reforma administrativa de 1998. En Rodriguez, L., El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. *Revista Área Jurídica*(9), [82-83]. Obtenido de https://books.google.com.co/books/about/El_derecho_administrativo_en_los_albores.html?id=2VdC_Kb_LTUC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Roncancio, C. A. (2010). La responsabilidad patrimonial solidaria del delegante en contratación estatal. *VIA IURIS*, 13. Obtenido de file:///C:/Users/luang/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPatrimonialSolidariaDelDeleganteE-3432168.pdf
- Sentencia C- 170, Alberto Rojas Rios. (19 de Marzo de 2014). Corte Constitucional. Colombia: Relatoria de la Corte Constitucional .
- Sentencia C 426, Hernando Herrera Vergara. (12 de septiembre de 1996). Corte Constitucional. Colombia: Relatoria de la Corte Constitucional.
- Sentencia C-128, Alvaro Tafur Galvis. (18 de febrero de 2013). Corte Constitucional. Colombia : Relatoria de la Corte Constitucional.
- Sentencia C-832, Alvaro Tafur Galvis . (8 de octubre de 2002). Corte Constitucional . Colombia: Relatoria de la Corte Constitucional .
- Sentencia No. 29614, Yezid Ramires Bastidas. (28 de octubre de 20009). Sala Casación Penal. Colombia.

Sentencia SP14623, Fernando Castro Caballero. (22 de octubre de 2014). Sala Casación penal .
Colombia.

Sentencia SP-712, Patricia Salazar Cuellar. (25 de enero de 2017). Sala Casación Penal. Colombia.