

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios
que Rigen la Actividad Contractual del Estado

Alberto López Amador

VI cohorte

Dr. Germán Lozano Villegas

Director de Investigación

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Bogotá

2018

CONTENIDO

1. LOS FINES DEL ESTADO, EL CONTRATO ESTATAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO
 - 1.1. Los principios y los deberes en la contratación del Estado
 - 1.2. El derecho disciplinario y la falta disciplinaria gravísima
 - 1.3. La tipicidad de la falta disciplinaria objeto de estudio
2. LA FALTA DISCIPLINARIA EN ESTUDIO Y LA DISTINCIÓN DE SUS ELEMENTOS NORMATIVOS
 - 2.1. Participar en la etapa precontractual y contractual
 - 2.2. Los principios que rigen la actividad del contrato
 - 2.2.1 Principio de Transparencia
 - 2.2.2. Principio de Economía
 - 2.2.3. Principio de Responsabilidad
3. NORMAS CONTENTIVAS DE DEBERES FUNCIONALES, QUE COMPLEMENTAN Y CONFIGURAN LA FALTA EN ESTUDIO, DESDE LO TÍPICO
 - 3.1. Constitución Política (Tabla 1)
 - 3.2. Etapa precontractual (Tabla 2)
 - 3.3. Etapa contractual (Tabla 3)
 - 3.4. Etapa post contractual (Tabla 4)
 - 3.5. Normativa general aplicable (Tabla 5)
4. IDENTIFICACIÓN Y EXAMEN DE CONDUCTAS PARTICULARES QUE CONFIGURAN LA FALTA EN ESTUDIO, DESDE LO PRÁCTICO

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

- 4.1. Identificación y análisis de conductas particulares que desconocen el principio de transparencia.
 - 4.1.1. Requisitos habilitantes
 - 4.1.2. Los pliegos de condiciones
 - 4.1.3. Modificación del pliego de condiciones
 - 4.1.4. Factores de evaluación
- 4.2. Identificación y análisis de conductas particulares que desconocen el principio de economía
 - 4.2.1. Viabilidad técnica y económica del contrato
 - 4.2.2. La contratación directa
- 4.3. Identificación y análisis de conductas particulares que hacen aplicable el principio de responsabilidad
 - 4.3.1. Los fines y la vigilancia del contrato
 - 4.3.2. Falta de rigor en la elaboración de los estudios y documentos previos.
- 5. CONCLUSIONES

Resumen

La consagración legal de la falta disciplinaria gravísima materia de estudio, mediante el sistema de tipos abiertos, se caracteriza por la insuficiencia en su precisión tipológica, en tanto no describe de manera detallada los supuestos de hecho que configuran el tipo.

Aunque admisible constitucionalmente, la forma de tipos abiertos demanda un exigente examen y valoración de las normas que por remisión legal complementan el tipo, a efecto de poder establecer la tipicidad de la conducta investigada.

Entonces, la presente investigación comprende desde la tipicidad, un ejercicio de análisis, a través de la distinción, separación y estudio de los elementos que componen la falta, con especial atención en los principios que rigen la actividad contractual (transparencia, economía y responsabilidad), los que nos llevarán en su examen, a identificar y determinar, las normas que contentivas de deberes funcionales, los desarrollan y concretan, como complementos eficientes que permitirán precisar el tipo, y con ello, configurar la tipicidad de la falta.

El estudio contemplará igualmente, la identificación y el análisis de ciertas conductas particulares, que desconocen los principios en cita, configurando la falta desde lo práctico y que por tanto deberían ser objeto de reproche disciplinario, ejercicio que, al brindar nuevos elementos experienciales, enriquecerá la gestión del operador disciplinario y dará mayor certeza jurídica al investigado.

Palabras Claves. Falta disciplinaria gravísima, tipicidad, principios, transparencia, economía, responsabilidad.

Abstract

The legal recognition of a very serious disciplinary offence, matter of observation through an open type system, is characterized by the inadequacy of the exact typology. Because of this, it does not describe in a detailed manner the assumptions of fact which make part of it.

The open type although is constitutionally admissible, demands a strict study and an evaluation of the regulations that by reference complement the type. In order to establish the kind of the investigated conduct.

Then, the present investigation comprises an exercise of analysis, through the distinction, separation and study of the elements that compose the lack, with particular attention to the principles governing contractual activity (transparency, economy and responsibility), which will lead us in their lead us in its examination, to identify and determine, the norms that contain functional duties, develop and specify them, as efficient complements that will allow to specify the type, and with this to configure the typicity of the lack.

The study will also contemplate the identification and analysis of certain particular behaviors that do not know the principles in question, configuring the lack from the practical and that should therefore be object of disciplinary reproach, an exercise that, by providing new experiential elements, will enrich the management of the disciplinary operator and give greater legal certainty to the investigated.

KEY WORDS. Serious disciplinary offense, typical, principles, transparency economy, responsibility.

INTRODUCCIÓN

La falta disciplinaria se estructura a partir de tres elementos, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La tipicidad, es aquella que resulta de la comparación y adecuación, entre la conducta omisiva o de acción de un determinado sujeto, y los presupuestos detalladamente establecidos como falta disciplinaria en el ordenamiento jurídico.

Así, conforme con la normativa, solo podrán ser investigados y sancionados disciplinariamente, quienes incurran en comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. (Artículo 4° de la Ley 734 de 2002¹)

Entonces, la tipicidad en materia disciplinaria exige que la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, deba describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras, según lo ha dejado sentado la Corte Constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico, las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se consagran a través de la forma de tipos abiertos, sistema que se caracteriza por la insuficiencia en su precisión tipológica, en tanto no describe de manera detallada los elementos conformantes del tipo disciplinario, razón por la cual, debe necesariamente complementarse a través de la remisión normativa.

Es aquí donde surge el problema jurídico, en tanto la falta de concreción del tipo disciplinario y su inevitable reenvío a otros ordenamientos, sitúa al operador disciplinario en un disperso y amplio escenario de disposiciones de orden constitucional, legal y reglamentario, haciendo de la adecuación del hecho investigado a la conducta típica, un deber complejo.

Es el caso de la falta objeto de examen, contemplada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único - CDU, en virtud de la cual, es falta disciplinaria gravísima, “participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio

¹ Ley 734 de 2002, publicada en el Diario Oficial 44.699 de febrero 5 de 2002.

público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

Es de resaltar, que el presente estudio, se concentra exclusivamente en la segunda parte de la falta, es decir en aquella que, se refiere a la inobservancia de los principios, en ejercicio de la actividad precontractual y contractual.

Advirtamos, como su consagración emplea frases apenas descriptivas, como “participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual,...”, (“...”) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal...”, expresiones que comprenden un sinnúmero de posibles conductas, de múltiples posibilidades de participación, de diferentes áreas y operadores de distintos niveles de la entidad estatal, así como un variado y extenso número de normas que por reenvío están llamadas a complementar el tipo disciplinario.

Así, la imprecisión del tipo disciplinario objeto de observación, se constituye en un reto para el operador jurídico disciplinario, quien debe adelantar un estudio inicial sobre todo el entorno normativo que desarrolla y concreta los principios que rigen la contratación estatal, en aras de poder determinar el aspecto **típico** del hecho investigado, categoría contractual objeto de nuestro examen.

Resolver la problemática planteada, requiere de un ejercicio de distinción y definición de cada uno de los elementos que describen la falta objeto de estudio, con énfasis en los principios como corolarios de la actividad contractual, seguido de la identificación y determinación de las normas que los concretan y desarrollan, como complementos eficientes del tipo, las que al consagrar los deberes funcionales de los sujetos encargados de la operación contractual, nos permitirán establecer la forma en que se configura la falta objeto de estudio **desde lo típico**, labor que asociada al análisis, la individualización y el examen de conductas generales y particulares que desconocen los principios, nos llevará a señalar **desde lo práctico** la manera de materialización de la falta, cometidos que enriquecerán la gestión del operador disciplinario y darán mayor certeza jurídica al investigado.

Así las cosas, el desarrollo de la investigación buscará confirmar o desestimar como hipótesis, que es posible precisar el tipo y configurar la falta disciplinaria en estudio, a través de la

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

aplicación de los complementos normativos que especifican el desarrollo legal de los principios contractuales y responder a la pregunta de ¿Cómo se configura desde lo típico y lo práctico, la falta disciplinaria gravísima en materia contractual contenida en la segunda parte del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

1. Los Fines del Estado, el Contrato Estatal y el Derecho disciplinario

Existe una simbiosis, entre el cumplimiento de los objetivos estatales y su mecanismo más eficaz, el contrato público. Así, la contratación estatal,

(...) Se vincula estrechamente a las formas de acción del Estado; imposible concebir un organismo público que se sustraiga a la preocupación del contrato. A todos les interesa la adquisición y manejo de bienes o servicios, en cuantos útiles a los fines de la administración. (Lamprea, 2007. p.7)

Entonces, la correlación entre los fines del Estado² y el contrato estatal goza de una afinidad natural, objetiva y fundamental que hace viable su cumplimiento y efectividad³.

Tal correspondencia se desarrolla con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. (Artículo 23 del EGCAP), corolarios que guían la elaboración y aplicación de las normas, en las que encuentran desarrollo y concreción, cuya inobservancia comporta diversas clases de responsabilidad, siendo la que nos ocupa e interesa aquella que dimana del derecho disciplinario.

1.1. El Derecho Disciplinario y la Falta Disciplinaria Gravísima

Conforme lo expone Bautista & Hernández (2010), el Derecho Disciplinario (“...”) está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige de los servidores un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones...” (p.101), constituyendo una infracción al deber funcional⁴ y una posible falta disciplinaria.

La falta disciplinaria se edifica entonces, sobre la violación de un “deber funcional”, que conduce a la acción disciplinaria, ejercicio concreto de la potestad punitiva del Estado⁵.

² Si la motivación de la contratación no juega con la satisfacción de necesidades colectivas o en interés público sino que obedece a razones, por ejemplo, de índole personal, político o de cualquier otra condición que conduzcan a desdibujarlas, se habrá transgredido el mandato contenido en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993. (Dávila, 2001.p. 39)

³ Pero la finalidad perseguida con la actividad contractual del Estado, no se limita al abastecimiento y provisión de bienes y servicios, sino que su ejercicio, en relación con su poder de compra es un verdadero instrumento de crecimiento económico y social. (Suárez 2007. p.19)

⁴ El “deber funcional” es descrito por Meléndez (2003) como el “...contenido obligacional que incorpora una norma jurídica en un caso concreto, que deberá cumplir el servidor público o el particular sujeto del derecho disciplinario cuando debe actuar por vía de acción o de abstención...”. (p. 36)

⁵ (“...”) diversas posiciones han concluido que la constitución política de 1991, erigió al derecho disciplinario como una ciencia autónoma e independiente con una identidad propia” (Sánchez, 2005. p.19-20)

Por tanto, “El servidor público debe atenerse a las funciones que por constitución, ley o reglamento le han sido asignadas.” (Hernández, 2012.p.26), las que en materia de contratación lo conducen a la obediencia de las normas que rigen el trámite y procedimiento de preparación, celebración y ejecución del contrato estatal, y cuya infracción constituye **falta disciplinaria gravísima**⁶, la que conlleva una sanción disciplinaria, entendida como el (“...”) mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. (Reyes, 2003, p. 58)

1.2. La Tipicidad de la Falta Disciplinaria Objeto de Estudio

El artículo 48 del CDU consagra un inventario de las faltas disciplinarias gravísimas, dentro de las cuales convoca nuestra atención la segunda parte de la falta establecida en el **numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002**, a cuyo tenor se establece:

“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual...” (“...”) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

La consagración anterior del tipo, como la mayoría de los comportamientos allí enumerados,

(...) dentro de los que se encuentran las conductas relacionadas con la contratación estatal, se presentan como descripciones bastante complejas, de difícil interpretación y aplicación dado que es inevitable que el operador jurídico disciplinario, tenga que acudir a distintos instrumentos normativos y de hermenéutica jurídica, con el fin de complementar y concluir en definitiva si el comportamiento investigado es típico. (Ludwing, Gómez y Sánchez, 2009. p. 156)

Tal problemática surge de la adopción de un sistema de tipos abiertos⁷, que por antonomasia se caracteriza por su imprecisión tipológica, método aceptado constitucionalmente, considerando que tal sistema no desconoce los principios de tipicidad y de legalidad, (“...”) siempre y cuando sea posible llevar a cabo la correspondiente remisión normativa o interpretación sistemática que le permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la

⁶ La falta disciplinaria se configura a partir de la previa relación funcional, esto es, surge de la conducta que infringe el deber funcional del agente del Estado, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos aplicables. (Sánchez, Yate, Díaz 2009. p.18)

⁷ A contrario sensu del sistema de tipos cerrados propios del derecho penal.

conducta reprochable y de la sanción correspondiente”. Colombia, Corte Constitucional (2012, febrero), “Sentencia C – 030”, M. P. Vargas Silva, L.E., Bogotá.

El artículo 4º de la Ley 734 de 2002 dispone bajo el epígrafe “Legalidad”, que “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.”⁸

Por ello, la tipicidad implica que el comportamiento reprochable se encuentre debida y previamente consagrado en la normativa jurídica, como falta disciplinaria.⁹

No obstante, la posibilidad de establecer conductas constitutivas de falta disciplinaria a través del sistema de tipos abiertos, no es aceptada plenamente por los doctrinantes, como lo plantea Quintero (2011), cuando expresa sobre el tema:

Finalmente, y en la medida en que se permite la determinación de la falta por tipos abiertos, queda preguntarse entonces, ¿si está excluida la ausencia de responsabilidad en materia disciplinaria por atipicidad? Pregunta que resulta muy importante, toda vez que el operador jurídico-disciplinario siempre hallaría la forma de encontrar la adecuación típica de cualquier conducta, sin existir la posibilidad de librar al servidor encartado por atipicidad de la conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior, adelantaré en las próximas páginas la distinción y definición de los supuestos de hecho que la conforman, junto con la investigación, identificación y determinación de los deberes funcionales que desarrollan y concretan los principios de transparencia, economía y responsabilidad, con su correspondiente consagración legal, complementos eficientes del tipo, que permitirán establecer los elementos necesarios para configurar la falta disciplinaria **desde la óptica de la tipicidad**.

2. La Falta Disciplinaria en Estudio y la Distinción de sus Elementos Normativos

⁸Es de recordar, en términos de Santofimio (2005), que el principio de tipicidad, (...) es una de las manifestaciones esenciales del principio de legalidad, el cual no puede ser desconocido ni por las autoridades ni por los particulares investidos de facultades administrativas, cuando les corresponde adelantar trámites contractuales, celebrar contratos, acompañar la ejecución de los mismos, y realizar las correspondientes liquidaciones. (p.115)

⁹ Colombia, Corte Constitucional (2012, febrero), “Sentencia C – 030”, M. P. Vargas Silva, L.E., Bogotá.

En aras de responder al problema de investigación planteado, es decir, ¿Cómo se configura desde lo típico, la causal contenida en la segunda parte del numeral 31 del artículo 48 del CDU hemos de responder de manera general, conforme a su descripción normativa, que esta se presenta, a través de la participación de los sujetos disciplinables en la etapa precontractual y/o contractual¹⁰, cuando se evidencia el desconocimiento de los principios que rigen la actividad del contrato.

Conforme con lo antes expuesto, transitaremos a continuación, hacia el estudio de tales componentes, veamos:

2.1. Participar en la Etapa Precontractual y Contractual

“31. **PARTICIPAR** en la etapa precontractual o en la actividad contractual...” (“...”) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”...”. (Negrilla y mayúscula fuera del texto original)

Como lo denota el tipo, el primer presupuesto de la falta, se encuentra definido por la “participación” del destinatario de la ley disciplinaria en la actividad contractual, de la que resultan diversos interrogantes por resolver, como por ejemplo:

¿Qué debemos entender por ella, cuando de la actividad del contrato se trata? ¿Quiénes están convocados a participar?, ¿Cómo se participa en las etapas en mención?, veamos:

Como lo expresa Martínez (2008), la participación del servidor público, en cualquiera de las esferas de la actividad estatal, se enmarca en el concepto de función pública, es decir, en ese (“...”) conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”¹¹

La función pública en cabeza del Estado se ejerce por medio de sus agentes, los servidores públicos y los particulares en las condiciones establecidas por la constitución y la ley, quienes

¹⁰ Brito (2002) comenta, que las actividades que desarrollan los servidores públicos admiten dos lecturas: “...Una, los deberes y las obligaciones que implican el desempeño de sus actividades; y la otra, la vigilancia de que debe ser objeto dicha actividad para garantizar que efectivamente se cumplan los fines del Estado”. (p.18)

¹¹ “La consecución de los fines del Estado depende, en gran parte, del estricto y cabal cumplimiento de los deberes funcionales confiados a sus agentes.” (Ordoñez, 2009, p.28), objetivo que justifica la vigilancia y reproche de aquellas conductas infractoras de sus obligaciones legales.

participan a través de las actuaciones resultantes del cumplimiento de sus deberes funcionales¹², que en la actividad del contrato comprenden las labores a desarrollar en las etapas, precontractual, contractual y post - contractual.

Es del caso precisar, que la estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que intervienen en los procesos decisorios, lo que significa que no solo un funcionario participa, sino que es una suma de actuaciones de varios de ellos que como un engranaje se mueven a fin de obtener un resultado (...). (Calixto, 2011.p.7)

Tal intervención en el proceso de contratación, comienza con la identificación de la necesidad y desarrolla como actividad reglada, una secuencia de actos, labores y etapas definidas por la ley, que llegan a su fin con la liquidación del contrato o con el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento.

Referido el marco en el que se desarrolla la participación de los operadores del Estado, pasemos al estudio de los principios, como elementos conformantes del tipo disciplinario, cuyo desconocimiento conlleva la aplicación del ius puniendi estatal.

2.2. Los Principios que Rigen la Actividad del Contrato

En primer lugar, es menester comprender que los principios de derecho,

(...) son normas fundamentales del sistema normativo, de donde surgen de modo permanente las demás normas del sistema jurídico. Los principios generales de derecho son verdaderas normas que...” (“...” poseen una naturaleza filosófica y también jurídica”. (Valencia, 1993, p.293)

Entonces, si el principio establece aquello que es o debe ser, ¿Cuándo se entienden desconocidos tales principios, dado su carácter filosófico y general?

La Corte Constitucional se pronunció al respecto de la siguiente manera:

¹² “El servidor público debe atenerse a las funciones que por constitución, ley o reglamento le han sido asignadas. Es decir, desempeñar esas y no otras, ni omitirlas, ni ir más allá de las mismas” (Hernández, 2012.p.26)

Para convalidar el señalamiento de un principio que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta disciplinaria gravísima, es necesario:

(...) (i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica. Colombia, Corte Constitucional (2005, agosto), “Sentencia C – 818”, M. P. Escobar Gil, R.

Significa lo expresado, que el principio se entiende desconocido, cuando la regla que de manera concreta lo despliega es infringida, lo que en materia disciplinaria se traduce en la inobservancia del cumplimiento de un deber funcional consagrado expresamente en la ley o en el reglamento.

Así las cosas, cuando de la acusación disciplinaria se trata, es menester señalar, la descripción de la conducta investigada y las normas presuntamente violadas, en las que debe encontrarse, tanto el principio como la norma que lo desarrolla, según se deduce de lo previsto en el artículo 163 del Código Disciplinario Único y de las conclusiones expuestas por la Corte.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 23 del EGCAP, “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad...”, mandamiento que nos lleva a distinguir y definir los citados principios como presupuestos fundamentales del tipo, en relación con los deberes funcionales que de ellos dimanen, junto a su consagración legal, en la búsqueda de poder precisar los complementos normativos que tipifican y configuran la falta en cuestión.

2.2.1. Principio de Transparencia.

Solano (1999) manifiesta que el principio de transparencia, (“...”) preside el procedimiento o escogencia objetiva del contratista, postulado legislado en el **artículo 24 de la ley de**

contratación e instituido para garantizar el pleno desarrollo de los principios, entre otros de imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad...” (p.50).

Del principio de transparencia¹³ resultan en la selección del contratista, deberes funcionales específicos como los que ha precisado el Consejo de Estado, a saber:

i) la igualdad¹⁴ respecto de todos los interesados¹⁵; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas¹⁶ para la presentación de las ofertas¹⁷; iii) la garantía del derecho de contradicción¹⁸; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta¹⁹; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable²⁰ para los intereses de la administración”²¹ Colombia, Consejo de Estado, (2011, enero), Rad. 17767. M.P. Valle de La Hoz, O.M.

“Como se observa el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción²², publicidad, moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública”. (Betancurt, 1998. p.149)

¹³ Para Bulla (2006), (“...” la transparencia hace referencia a que los actos de la administración pública deben ser nítidos, claros justos, jurídicos, sin mácula o mancha de duda, ya que directa o indirectamente afectan a la comunidad en general...” (p.60)

¹⁴ La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”(Marienhoff 1992, p.204)

¹⁵ La igualdad de los interesados se traduce en que tales (...) personas, en número indeterminado, que se encuentran en una misma situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho Estado. (Burgoa, 1997, p. 216)

¹⁶ Los términos (...) deben estar definidos a priori, en forma precisa cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción de la administración. (Campillo, 2004, p.121)

¹⁷ La presentación de las ofertas es determinada en el pliego, (“...” ley del contrato por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación. (Dromi2002, p. 196)

¹⁸ (“...” los recursos administrativos constituyen una actividad de control administrativo, o sea, que se lleva a cabo por los órganos de la misma administración en orden a que se sustituya, modifique o corrija el acto principal existente”.(Escola, 1973.p.251)

¹⁹ (...) los motivos, o causa en sentido de dar origen a, vienen a consistir en el aporte fáctico y jurídico del sentido y alcance de la declaración o contenido del acto administrativo, así como lo que hace necesaria su expedición; y cuando por disposición de la ley deben ponerse de manifiesto, aparecen en la llamada parte motiva o considerativa del mismo. (Berrocal 2009. p. 95)

²⁰ Benavides (2002) considera que, (“...” las entidades públicas carecen de libertad para determinar lo que les es más favorable, ya que están guiadas por el interés general, que exige por un lado “una buena formulación de las necesidades de la entidad contratante” y por otro lado, “el refuerzo de la transparencia” (p. 257).

²¹ Con su aplicación se persigue (“...” el logro de una contratación pública impoluta...” (“...” para evitar así las componendas, el tráfico de influencias, etc. en aras de preservar la moralidad y erradicar la corrupción administrativa...” (Franco 2000. p.128)

²² Del que hace parte (“...” la interposición de recursos administrativos, como vía previa y a menudo necesaria, y después por medio de la presentación de recursos contencioso - administrativos ante los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo. (Razquin, 2012. p.1)

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las alternativas consignadas en los **literales a y b del artículo 88 de la Ley 1474 de 2011**.

Así, la adecuada selección del contratista se constituye en principio esencial y deber fundamental para el logro de los cometidos del Estado, por lo que el proceso de selección de los contratistas debe llevarse a cabo a través de reglas y condiciones que aseguren la selección objetiva, en cumplimiento del principio de transparencia y de los demás que rigen la función administrativa.²³

2.2.2. Principio de Economía.

En la misma línea desarrollada hasta ahora, me enfocaré en la definición y significación del principio de economía, así como en los deberes funcionales que derivados de este, lo concretan y complementan legalmente, integrando así los supuestos de hecho que hacen típica la conducta descrita en la falta bajo inspección.

En voces del máximo órgano de lo contencioso administrativo, el principio de economía pretende (...) que la actividad contractual "no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad."²⁴

Así, en virtud del principio en mención, se exige al administrador público, ("...") el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable"²⁵; analizar o impartir con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar; contar con las autorizaciones y aprobaciones para ello; disponer de las disponibilidades presupuestales necesarias; hacer una apropiación global para imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos y adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten

²³ A su turno, el **numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007** incorporó al proceso de selección nuevas reglas, estas, los requisitos habilitantes, condiciones de capacidad jurídica, de experiencia, financiera y de organización de los proponentes.

²⁴ Colombia, Consejo de Estado, (2007, agosto) Rad. 15324 .M.P. Fajardo Gómez, M.

²⁵ Colombia, Consejo de Estado, (2011, enero), Rad. 17767. M.P. Valle de La Hoz, O.M.

Muy bien, conforme con todo lo anteriormente expuesto, todas aquellas disposiciones que como deberes funcionales buscan hacer de la contratación estatal una actividad planeada, ordenada, calculada, fraguada con rigor técnico, financiero, de riesgos, de resultados, tendiente a la satisfacción de necesidades de la comunidad, desarrolla el principio de economía, pilar fundamental en las diferentes etapas del proceso de contratación del Estado, deberes cuyo desconocimiento además de viciarlo de nulidad absoluta, cuando su ausencia o precariedad afecta el objeto del negocio contractual, dan ocasión al ejercicio de la potestad disciplinaria, con base en los supuestos de hecho que describen la falta en estudio.

2.2.3. Principio de Responsabilidad.

La responsabilidad encuentra fundamento constitucional en el **artículo 6**, (“...”) al preceptuar que los funcionarios públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Ayala, 1999.p.740), y los particulares por la primera causa. Este precepto superior encuentra concreción legal en el **artículo 51** según el cual, “El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual²⁶ en los términos de la Constitución y de la ley” (Subrayado fuera del texto original).

El concepto de responsabilidad ha sido entendido como “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o, en ocasiones especiales, por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado” (Cabanellas, 1979, p. 283)

Dicho esto, seguiré el mismo itinerario utilizado en los principios precedentes para referirme al principio de responsabilidad, ello a partir del despliegue normativo que de él hacen los numerales del **artículo 26 de la Ley 80 de 1993**, norma que lo consagra.

En primer lugar es de anotar, como en el texto legal vaciado en el antes citado artículo, más allá de consagrar deberes funcionales, se contienen corolarios generales y principales, de los que se deriva responsabilidad ante su incumplimiento, sin ser estos, por supuesto, los únicos preceptos de los que podría derivarse tal adeudo.

²⁶ La acción u omisión que da origen al ilícito disciplinario es “...un fenómeno fundado en la deontología de los deberes, por tanto impone su estructura como infracción a un deber, surgida del quebrantamiento de un código de conducta...”. (Gómez 2008, p. 80-81)

Del tal canon, resultan escenarios y situaciones generadoras de responsabilidad para el sujeto disciplinado, que se desprenden del desconocimiento de los fines de la contratación; la inobservancia de la debida y adecuada vigilancia de la correcta ejecución del objeto contratado; de falencias en la protección de los derechos de la entidad y del contratista; de actuaciones y omisiones antijurídicas que conlleven responsabilidad patrimonial²⁷; del ejercicio irregular de las obligaciones surgidas con ocasión de la dirección y manejo de la actividad contractual y de la infracción al régimen de inhabilidades, incompatibilidades²⁸ o prohibiciones²⁹.

Así las cosas, adelantada la distinción y definición de los presupuestos de hecho que describen la falta objeto de examen, en los que descuellan los principios, precisar las normas constitucionales y legales que los desarrollan y concretan, es el derrotero a seguir, en tanto estas se constituyen en los complementos eficientes del tipo abierto en cuestión, determinación que nos permitirá establecer la forma integral en que se configura la falta en estudio **desde lo típico**.

3. Normas Contentivas de Deberes Funcionales, que Complementan y Configuran la Falta en Estudio, Desde lo Típico

Un ejercicio de análisis, estudio e identificación de los cuerpos normativos que consagran y regulan los diferentes aspectos conductuales descritos en el tipo, nos permite a continuación, precisar los cánones constitucionales y legales que consagran los deberes funcionales (en cada etapa del contrato), que desarrollan y concretan los principios, cuya infracción puede³⁰ constituir falta disciplinaria con base en la falta disciplinaria gravísima en observación, saber:

3.1. Constitución Política

Tabla 1. Complementos normativos en la Constitución Política.

²⁷ Punto que lleva a preguntarnos, ¿existe solidaridad entre el Estado y el servidor público, frente a una conducta que por acción u omisión genere daños antijurídicos, con la correspondiente responsabilidad patrimonial? (“...” si bien existe un avance significativo en la regulación de la responsabilidad del funcionario, no puede tenerse la existencia de un vínculo de solidaridad entre éste y el Estado, pues el funcionario y el Estado no son una persona diferente (...)) (Torres, 2013. p.252, 253)

²⁸ (...) la ocurrencia de cualquiera de las situaciones objetivas o subjetivas que comportan una prohibición legal a determinadas personas para contratar con el estado. Así, además de las incapacidades absolutas y relativas, existen unas incapacidades especiales relacionadas con la prohibición que la ley a impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Barrera & Becerra, 2015. p.33.)

²⁹ No es de olvidar “... que un contrato estatal es absolutamente nulo, cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que la ley no permite sanearlo por razones de protección del interés general.” (Yong, 2013. p.239)

³⁰ “PUEDE”, en tanto la falta disciplinaria se estructura con la concurrencia de dos elementos adicionales a la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad.

CONSTITUCIÓN POLITICA	
De los fines del Estado	Artículo 2, 334,365,366,
Responsabilidad, función pública y empleo público	Artículos 6,113,122,123,
Responsabilidad del Estado	Artículo, 6, 90
Función administrativa	Articulo 209
Fines esenciales del Estado	Artículo 2
El debido proceso	Artículo 29
El principio de igualdad	Artículo 13
El acceso a los documentos públicos	Artículo 74
Mecanismos de solución de conflictos	Artículo 116 incisos 3 y 4
Derecho de petición, de información y de libre acceso a los documentos públicos,	Artículos 20, 23, 74, 209
Particulares en ejercicio de función pública	Artículo 116 del C.P
Delegación	Artículo 211

3.2. Etapa Precontractual

Veamos en la siguiente tabla (2) la normativa que consagra los principales deberes funcionales que determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa precontractual, como complementos eficientes de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002,

Tabla 2. Deberes funcionales en la etapa pre contractual

Etapa Precontractual					
Normativa vigente	Ley 80/93	Ley 1150/07	Ley 1474/11	Decreto 019/12	Decreto 1082/15
De los principios	Artículos 23, 24, 29 y 30-8, 26-3, 24 – 9, parágrafo 3, 25,28	Artículos 8 -4,13,	Artículo 94	Artículo 223	Artículo 2.2.1.1.2.1.4

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

Fines de la contratación estatal	Artículos 3,4,14,24-8, 25-3, 26-1,28, 40 inciso 2	Artículo 5 Inciso 1			
Plan Anual de Adquisiciones					Artículos 2.2.1.1.1.4.1, 2.2.1.1.1.4.2. 2.2.1.1.1.4.3, 2.2.1.1.1.4.4
Documentos y estudios previos (Conveniencia oportunidad, estudios de sector)	Artículos 25 7-12, 26-3, 30-1, 322,8		Artículos 83 párrafo 1, 87-12		Artículos 2.2.1.1.2.1.1, 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.5 - 4, 2.2.1.2.1.3.2-3, .2.1.2.1.3.8, 2.2.1.2.1.4.1-4, 2.2.1.2.1.4.2, 2.2.1.2.1.4.3, 2.2.1.2.1.4.9, 2.2.1.2.1.5.1, 2.2.1.2.2.1.7, 2.2.1.2.2.2.1, 2.2.1.2.2.2.1, 2.2.2.1.4.4
Modalidad de selección		Artículo 2 -1,2,3,4 y párrafo 1			Artículos 2.2.1.2.1.4.1, 2.2.1.1.2.1.3
Selección objetiva	Artículos 24-8, 29, 30-2	Artículo 5-4	Artículo 88-a)-b), 94		Artículo 2.2.1.1.2.1.3-4
Riesgos		Artículos 4,7 inciso 3		Artículo 220	Artículo 2.2.1.1.2.1.3-8, 2.2.2.1.7.1 2, 2.1.1.2.2.2-3, 2.2.1.2.1.1.2 literal a), 2.2.1.2.3.1.1, 2.2.1.2.3.1.8
Disponibilidad	Artículo 25 – 6	Artículo 23			2.2.1.1.2.1.2-7
Garantía de seriedad	Artículo 4-2, 30-12	Artículo 7			Artículo 2.2.1.2.3.1.2, 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.9,

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

					2.2.1.2.3.2.8
Pliego de condiciones y observaciones	Artículos 24 -5 literal b, 30-2-6				2.2.1.1.2.1.4, 2.2.1.2.1.1.2 - 1, 2.2.1.2.1.2.20, 2.2.1.2.1.5.2
Requisitos habilitantes y verificación		Artículo 5 – 1	Artículo 88		2.2.1.1.1.5.3, 2.2.1.1.2.2.6. 2.2.1.2.1.1.1
RUP	Artículo 22 1-2-3-4-5-6-7-8-9	Artículo 6,		Artículo 221	Artículo 2.2.1.1.1.5.1. 2.2.1.1.1.5.2, 2.2.1.1.1.5.3, 2.2.1.1.1.5.4, 2.2.1.1.1.5.5, 2.2.1.1.1.5.6, 2.2.1.1.1.5.7.
Modificación de los pliegos		Artículo 4			Artículo 2.2.1.1.2.2.1
Informe de evaluación y respuestas	Artículo 24-4, 30-8-10	Artículo 5-3, 9	Artículo 88		
Adjudicación	Artículo 5-3,24-6-7, 25-8,26-6,30-6,9,10,11	Artículo 9			Artículos 2.2.1.1.2.1.3-5, 2.2.1.1.2.2.6, 2.2.1.1.2.2.7 2.2.1.2.1.1.2, 2.2.1.2.1.2.3 2.2.1.2.1.2.4
Declaratoria Desierta	Artículo 25 – 18	Artículo 2-2 literal d)			Artículo 2.2.1.2.1.2.22

3.3. Etapa Contractual

La siguiente tabla (3) detalla la normativa que consagra los principales deberes funcionales que determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa contractual, como complementos eficientes de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Tabla 3. Deberes funcionales en la etapa contractual.

Etapa Contractual					
	Ley 80/93	Ley 1150/07	Ley 1474/11	Decreto 019/12	Decreto 1082/15
Perfeccionamiento	Artículo 6, 41, 26-3		Artículo 94 –d)		2.2.1.1.2.3.1, 2.2.1.2.1.2.9
Inhabilidades e incompatibilidades	Artículo 8,9, 44-1	Artículo 18	Artículo 1,2,4, 90	Artículo 6-3 inciso 5,	Artículo 2.2.1.1.1.5.7 2.2.1.1.2.2.5, 2.1.1.2.2.8
Anticipo	Artículo 40 parágrafo		Artículo 91		Artículo 2.2.1.1.2.1.3-7 2.2.1.1.2.4.1, 2.1.2.3.1.7-1, 2.2.1.2.3.1.10
Garantías de cumplimiento y registro presupuestal	Artículo 4-2	Artículo 7 23	Artículo 85, parágrafo, Artículo 94 –d)	Artículo 6-1-2-3	Artículos 2.2.1.2.3.1.7, 2.2.1.2.3.1.2, 2.2.1.2.3.1.12, 2.1.1.2.3.1
Ejecución y equilibrio económico	Artículos 4-3-8, 14 inciso 2, 25-13, 27, 5 - 1, 25 - 14				
Remuneración (precio)	Artículo 5 – 1				Artículo 2.2.1.1.2.2.2-a)-b)-4, 2.2.1.2.1.1.1 –inciso 6, 2.2.1.2.1.2.1-2, .2.1.2.1.2.4. 2.2.1.2.1.5.2-4-6, 2.2.1.2.1.5.3-2, 2.2.1.2.2.2.1, 2.2.1.2.2.3.2
Reformas al	Artículo 4	Artículo			

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

contrato	-3	40			
La mora	Artículo 4-1, 25 – 14				
Dirección y vigilancia de la ejecución	Artículo 26- 1,5,8, 32-1-2		Artículos 5,82,83,84, 85		2.2.1.1.2.1.3-12, 2.2.1.2.1.2.19 2.2.4.1.1.5.4., 2.2.2.1.8.2
Multas y cláusula penal		Artículo 17	Artículo 86		Artículo 2.2.1.1.1.5.7. 2.2.1.2.3.1.7-3.4
Debido proceso		Artículo 17	Artículo 86		

3.4. Etapa Post Contractual

Nótese en la siguiente tabla (4) la normativa que consagra los principales deberes funcionales en la etapa post contractual, cuya inobservancia no configura la falta objeto de estudio, al no ser comprendida (la etapa) en los supuestos de hecho de la misma.

Tabla 4. Deberes funcionales en la etapa post contractual. (López, 2017.p.85)

Etapa Post Contractual					
	Ley 80/93	Ley 1150/07	Ley 1474/11	Decreto 019/12	Decreto 1082/15
Liquidación	Artículo 16,18,24-5-f),45,60	Artículo 11		Artículo 217	
Garantías calidad, estabilidad y mantenimiento	Artículo 4-2	Artículo 7	Artículo 85, párrafo, 86-a)		Artículo 2.2.1.1.2.1.3 -9, 2.2.1.1.2.4.3, 2.2.1.2.3.1.7-5-6-7, 2.2.1.2.3.1.14.

3.5. Normativa General Aplicable

Tabla 5. Normativa general aplicable

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

Normativa General Aplicable	
Disponibilidades presupuestales	Decretos 111 de 1996, 115 de 1996, Leyes 38 de 1989, 179 de 1994, 225 de 1995, 819 de 2003, 1483 de 2011.
De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores	Ley 1474 de 2011: Artículo 82
Integración e interpretación de las reglas contractuales	Ley 80/93: Artículo 13, 28, Ley 1437 de 2011: Artículo 3
El objeto ilícito	Código Civil: Artículo 6, 1519, 1521, 1523, 1741, Código de Comercio: Artículo 899
El interés asegurable	Código Civil: Artículo 1083
Las multas	
La cláusula penal	Código Civil: Artículo 1592
La mora	Código Civil: Artículo 1608 -1, 1617
Mérito ejecutivo (liquidación)	Ley 1437/11: Artículo 99 -3, 297-3
Los documentos públicos	Ley 1564/12: Artículo 243-2, Ley 1712/12: Artículo 2
Recursos en la actividad del contrato	Ley 80 de 1993: Artículo 77, Ley 1437/11: Artículo 141, 161-1
Interpretación de las actuaciones y procedimientos administrativos	Ley 1437/11: Artículo 3
Medios electrónicos en la sustanciación de expedientes contractuales	Ley 527 de 1999: Artículo 3, Ley 1150 de 2007: Artículo 3, Decreto 019 de 2012: Artículo 223
La motivación de ciertos actos	Ley 80 de 1993: Artículo 24-7, Ley 1437 de 2011. Artículo 42
El contrato de transacción	Código Civil: Artículo 2469
La amigable composición	Ley 446 de 1998: Artículo 130
Afectación apropiaciones presupuestales	Decreto 111/96: artículo 71
Responsabilidad por actuaciones y omisiones antijurídicas	Ley 80/93: Artículo 26 – 2, 51

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

Derecho de información y de libre acceso a los documentos públicos	Ley 1712 de 2014: Artículo 2, 6 - f, 5 - a,
Delegación	Ley 489/98: Artículo 9, Ley 80/93Artículo12, Ley 1150/07. Artículo 21
Riesgos	3714, 2011,
Responsabilidad violación de normas presupuestales	Decreto 111/96: Artículo 71
Tratamiento presupuestal de procesos de selección en trámite.	Decreto 1957 de 2007: Artículo 3
Administración de bienes ajenos	Ley 80/93: Artículo 26 – 4. Código Civil: Artículos 63, 104 y 2155
Solución de conflictos	Ley 80 de 1993: Artículos: 4-9, 25-5, 68, Decreto 1716 de 2009, Ley 1437 de 2011: Artículo 161 Código Civil: Artículos 2469 al 2487, Ley 1563 de 2012: Artículo 59
Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.	Ley 1474 de 2011: Artículo 86
Supervisión e interventoría	Ley 1474 de 2011: Artículos 82, 83,84 y 85
Tipicidad	Ley 734 de 2002: Artículo 4
Faltas disciplinarias gravísimas de origen contractual	Ley 734 de 2002: Artículos 48 - 29, 30, 31, 32, 33, 34 y relacionadas 1 y 35
Sujetos disciplinables	Ley 1474 de 2011: Artículo 44
Descripción de la conducta investigada y las normas presuntamente violadas	Ley 1474 de 2011: Artículo 163

4. Identificación y Examen de Conductas Particulares que Configuran la Falta en Estudio, Desde lo Práctico

Corresponde ahora como aporte experiencial, la individualización y el examen de conductas particulares que desconocen los principios, las que nos llevarán a señalar desde lo práctico la manera de materialización de la falta, en el ejercicio de la actividad del contrato.

Como cuestiones previas digamos que, siendo la licitación pública³¹ la regla general para la escogencia del contratista³², esta es justamente la excepción, en la medida en que la contratación directa, es la modalidad de selección mayormente utilizada³³, en tanto, la contratación directa es del 74 por ciento en el nivel nacional, del 59 en el departamental, y en el municipal del 41 por ciento, erigiéndose en la práctica como la regla corriente, la que sin necesidad de convocatoria pública, permite la vinculación de contratistas.

Lo dicho, nos lleva a entender con facilidad que el mismo legislador ha dejado en la carena del barco, un gran boquete por donde este se inunda amparado en el ejercicio de maniobras que “legalmente” desconocen la regla general de contratación propuesta por el mismo estatuto contractual.

Sumado a esa falencia estructural del sistema de compras públicas, encontramos un fenómeno cultural arraigado de manera especial en el diario transcurrir de la contratación del Estado, la corrupción³⁴.

Esta ha sido entendida y definida de diversas maneras según la dimensión a través de la que se aborde, ética, política, administrativa etc., pero podemos entenderla, como la conducta desviada que busca un único fin, el beneficio particular o de terceros y en ese beneficio encuentra su razón de ser, ganancia que no siempre es de naturaleza económica. (Caciagli, 1996. p.62)

Así, la gran mayoría de prácticas que desconocen la normativa contractual y el interés general, se afirman en comportamientos corruptos desplegados por ciertos operadores estatales en connivencia con los contratistas, por lo que no es extraño en la burocracia del país, (“...”) que la contratación sea el vehículo de que se apropian los altos funcionarios para engrosar su patrimonio privado en virtud del cobro de comisiones a los adjudicatarios o de la incursión en sobre costos. (Vega 2005. p.75)

³¹ Es aquella por medio de la cual la administración convoca públicamente a los interesados para que igualdad de condiciones, presenten sus propuestas y se escoja la más favorable. (Olano, 2005. P100)

³² Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del citado artículo.

³³ Como lo evidencia el Índice de Transparencia de las Entidades Públicas correspondiente al periodo 2015-2016.

³⁴ “En Colombia eso es lo que se ha vivido durante los últimos quince años y se vive ahora. La más encarnizada y sangrienta lucha por abarcar los bienes e imponer el dominio sobre las cosas y sobre los hombres”. (Ballén, 1998.p.45)

Tales prácticas corruptas³⁵ distan en gran medida, de lo dispuesto por el artículo 23 del EGCAP, en tanto las actuaciones de muchos de los que intervienen en la contratación estatal, desconocen recurrentemente los principios de transparencia, economía y responsabilidad y los postulados que rigen la función administrativa, veamos:

4.1. Identificación y Análisis de Conductas Particulares que Desconocen el Principio de Transparencia

4.1.1 Requisitos Habilitantes.

La posibilidad de participar³⁶ en la selección, transita inicialmente por la “verificación” por parte de la administración, de las condiciones habilitantes establecidas³⁷, que fundadas en la premisa de “pasa o no pasa”, buscan hacer un filtro de aquellos proponentes que cuentan con la capacidad jurídica, financiera y organizacional, así como con la experiencia para ejecutar el objeto del contrato. (Numeral 5 del artículo de la Ley 1150 de 2007)

El citado artículo de manera expresa consagra que, (“...”) La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”. (Subrayado fuera del texto original)

Al respecto, la Corte Constitucional manifiesta:

(...) que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no hacen presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la

³⁵ Las citadas prácticas tienen su origen en la “ambición”, como lo expresa Henríquez (2007) en cita a Maquiavelo, (...) es tan poderosa en el alma humana, que jamás la abandona, cualquiera que sea el rango a que el ambicioso llegue. Causa de esto es haber creado la naturaleza al hombre de tal suerte que todo lo puede desear y no todo conseguir; de modo que siendo siempre mayor el deseo que los medios de lograrlo, lo poseído ni satisface el ánimo, ni detiene las aspiraciones. (P.148)

³⁶ La posibilidad de participar, sin restricciones, en identidad de condiciones, es fruto de la igualdad que corresponde a todos los interesados y proponentes, derecho derivado del principio de transparencia.

³⁷ Las citadas condiciones (...) ahora son exigidas al contratista como requisitos habilitantes para la presentación de la propuesta, pero no son objeto de puntuación. La puntuación de las propuestas recae exclusivamente sobre sus condiciones técnicas y económicas, lo que hace que los proponentes se esfuercen en presentar propuestas debidamente elaboradas. (Mantilla 2014.p.148)

administración. Colombia, Corte Constitucional (2009, octubre), “Sentencia C – 713”, M. P. Calle Correa, M.V. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De la consideración citada en negrilla, surge en mi consideración, el medio más eficaz para cerrar la puerta a la participación de muchos interesados, a través de la determinación de indicadores financieros, organizacionales y de experiencia, que solo cumplen ciertas personas naturales o jurídicas, para quienes se ha confeccionado el pliego, condiciones que usualmente, siendo especialmente altas y desbordadas, no resultan adecuadas y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

Lo anterior se hace latente, en lo expresado por Colombia Compra Eficiente en el “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”, en el que se advierte:

(...) La promoción de la competencia es uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública, por lo cual es muy importante tener en cuenta que los requisitos habilitantes no son ni pueden ser una forma de restringir la participación en los Procesos de Contratación.

Teniendo en cuenta que los factores de verificación (habilitantes), hacen parte del proceso de selección, en tanto permiten en una primera instancia, escoger los oferentes que continúan en competencia de cara a la adjudicación, y dado que los criterios previstos en las normas contractuales para su establecimiento, son circunstanciales y discrecionales, puedo afirmar que la selección del contratista en realidad no es objetiva, afirmación que contrasta y desentona con el principio contractual de transparencia que así lo consagra.

De acuerdo con lo anterior, cualquier limitación, restricción o barrera que contenida en los pliegos de condiciones o en cualquiera de los documentos que lo conformen, como por ejemplo en las adendas, impida la participación de proponentes con capacidad jurídica, financiera, organizacional y de experiencia “adecuadas” y “proporcionales” al cumplimiento del objeto del contrato, configurará la falta disciplinaria objeto de estudio y dará lugar al reproche de tal naturaleza.

4.1.2. Los Pliegos de Condiciones.

Producto del estudio y análisis de comportamientos vulneratorios de los principios contractuales, se advierte la utilización irregular de los **pliegos de condiciones**, como herramienta para dirigir la selección y adjudicación hacia un determinado proponente.

Este acto administrativo de naturaleza mixta, que traza las reglas del procedimiento licitatorio, en no pocas ocasiones incluye parámetros que desconocen los principios y la normativa que rige la actividad contractual, o cumpliéndola, lo hace de tal manera, que favorece deliberadamente a uno de los oferentes.

Por ejemplo, nos preguntamos, ¿es posible incluir en los pliegos de condiciones la individualización de bienes o servicios mediante el uso de marcas, origen, referencia o procedencia?, inquietud respondida negativamente por la jurisprudencia, pero que tiene aristas interesantes de tratar.

Es el caso de una entidad que contrata con un proveedor el suministro de cierto sistema de tecnología, información o comunicaciones – TIC, que por sus características estructurales, operativas, funcionales etc, corresponde a un solo fabricante o proveedor.

Es de entender, que en tal situación, la referencia a la marca del sistema es ineludible en el pliego de condiciones, en la necesidad de describir lo requerido por la entidad, en relación con este, caso especial a los que eventualmente podrían sumarse otros de manera justificada, pero que siendo una excepción, confirma la regla general, según la cual, no puede ser de recibo la individualización de bienes o servicios mediante el uso de marcas, origen, referencia o procedencia³⁸.

El escenario planteado, nos permite además considerar que, cualquier futura contratación sobre estos y otros aspectos relacionados con el sistema, hacen a la entidad “dependiente” de tal proveedor o de un grupo de técnicos o distribuidores autorizados, que certificados por él, pueden atender los requerimientos de los “clientes” estatales, circunstancias que hacen nugatoria la competencia desconociendo el principio de libre concurrencia, y que conllevan mayores precios

³⁸ Al respecto, es menester expresar, que ordenamientos contractuales de otros países como España y Chile, consagran una regulación sobre este particular, lo que nos sirve de asidero, para considerar como necesario, el establecimiento de normas que esclarezcan los escenarios y requisitos en los que pueda describirse un bien o servicio, con referencia a una marca, origen, referencia o procedencia.

de adquisición, así como la imposición de condiciones por parte del fabricante o proveedor, lo que podría conllevar el incumplimiento de los cometidos estatales inmersos en esa contratación.

4.1.3. Modificación del Pliego de Condiciones.

El **artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015**, prevé que la entidad estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas “antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas”, a más tardar con tres (3) días de anticipación para el caso de la licitación y de un día hábil en la selección abreviada y el concurso de méritos.

Las adendas que usualmente surgen de las observaciones formuladas por los interesados al proyecto de pliegos, (**artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015**), vienen siendo utilizadas en muchos casos, para el direccionamiento del proceso, ya sea acrecentando o reduciendo las condiciones habilitantes, rebajando o extendiendo las exigencias técnicas, modificando los factores de evaluación, cambiando la ponderación de tales factores, variando los perfiles del personal habilitante o calificable o negando solicitudes de modificación, etc, lo que sucede normalmente cuando la decisión de favorecer a un determinado proponente, se da con posterioridad a la elaboración de los pliegos de condiciones.

Conforme con lo anterior, la modificación de los pliegos de manera injustificada a través de criterios “acondicionados” que desconocen el interés general, configuran la falta disciplinaria bajo examen, por cuanto tal conducta conlleva la violación de los principios de transparencia y selección objetiva, cuya infracción será potencial generadora de reproche y responsabilidad disciplinaria.

4.1.4. Factores de Evaluación.

El principio de transparencia encuentra desarrollo y concreción, en **el literal b) del numeral 5 del artículo 24 del estatuto** en cita, el cual establece que en los pliegos de condiciones se definirán reglas **objetivas**, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una **escogencia objetiva** y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso.

Desafortunada es la práctica de elaboración del pliego, como un ropaje que se ciñe de manera perfecta a quien se quiere favorecer con la adjudicación, que entre otras, utiliza como estrategia, asignar a las ventajas competitivas del proponente a beneficiar, un mayor puntaje dentro de los factores de ponderación, velando además, porque se consignent de primeras para que resulten efectivas a la hora de desempates.

Otra práctica se presenta en los concursos de méritos, haciendo uso “acomodado” de lo previsto en el **numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007**, el cual prevé que, en los procesos para la selección de consultores se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo. Con fundamento en tal norma, se establece en algunos pliegos como factores de ponderación, contar con ciertos “profesionales evaluables”, que deben acreditar especializaciones, maestrías y/o doctorados poco comunes en el medio, demostrar experiencia en determinados cargos, por un cierto número de años, haber efectuado publicaciones en revistas con ciertas características, haber participado en un número mínimo de proyectos específicos, en fin, requisitos que solo cumplen los que están llamados a ganar el proceso con la ayuda de la administración.

Ahora bien, así como se busca el favorecimiento de ciertos proponentes a través de la inclusión de condiciones propicias para lograr la adjudicación, de igual manera, se utilizan reglas que buscan que cierto o ciertos competidores no sumen puntos en un ítem a calificar, como cuando la entidad o el “oferente a favorecer” conocen de sanciones impuestas a otros proponentes, estableciendo en los factores de ponderación uno denominado, “seriedad y cumplimiento en contratos anteriores”, en el que los contendientes no obtendrán puntaje alguno.

Así las cosas, cualquier decisión que sea adoptada en el proceso debe estar debidamente motivada en el marco de los fines de la contratación estatal, máxime si se trata de los factores de evaluación, caso en el cual debe garantizarse de manera especial, una total nitidez y transparencia sobre las motivaciones y justificaciones de cada uno de ellos, so pena de configurarse la falta disciplinaria y estar en curso de investigación disciplinaria, entre otras, por el posible desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva y las normas que los desarrollan.

4.2. Identificación y análisis de conductas particulares que desconocen el principio de economía.

El principio de economía pretende que la actividad contractual pública, sea el resultado de un proceso planeado, calculado, madurado y ordenado, que de manera efectiva satisfaga las necesidades de la comunidad, ello a través del cumplimiento de los procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

Conforme con lo anterior, dentro de las diferentes actividades que se surten en la etapa pre contractual, la de mayor relevancia es sin duda, la de planeación, en tanto la elaboración de estudios y análisis serios y completos, resulta indispensable previo al inicio del proceso de selección y contratación, en la medida que estos permiten establecer entre otros, su conveniencia y viabilidad, por lo que en este acápite revisaré algunos comportamientos que desdican de la debida planeación, como los siguientes:

4.2.1. Viabilidad Técnica y Económica del Contrato.

La **Ley 1474 de 2011**, en el **numeral 12 del artículo 87**, en concordancia con el **numeral 2 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015**, disponen la necesaria “maduración” del proyecto, previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, a través de la elaboración de los estudios y diseños requeridos, que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental, así como las autorizaciones, permisos y licencias que corresponda.

Entonces, son conductas que desconocen los principios e infringen abiertamente las normas que regulan la planeación contractual del Estado, entre otras, aquellas que inobservan los deberes funcionales consagrados en los **numerales 6 y 7 del artículo 25 y el artículo 12 del EGCAP**, este último modificado por el **artículo 87 de la Ley 1474 de 2011**, como las falencias en la planeación y alistamiento de los contratos, relacionadas por ejemplo, con la destinación legal del suelo en el que se desarrollará el proyecto; la falta de licencia ambiental exigida en protección de los recursos naturales; la falta de información de ingeniería básica (fase II o factibilidad) para poder adelantar la contratación de las obras civiles y de ingeniería de detalle en fase III cuando sea alto el riesgo de imprevistos; la adquisición incompleta de los predios necesarios para el

desarrollo de la obra o la falta de consulta previa a comunidades indígenas como a la población negra, afro colombiana, raizal, palenquera e incluso gitana (Ley 21 de 1991)³⁹,

Que decir de los proyectos de infraestructura, los que comportan mayores exigencias a nivel de estudios previos técnicos, en tanto su ejecución se encuentra sometida a múltiples circunstancias imprevistas, y riesgos que deben ser identificados y evaluados tempranamente, para luego ser distribuidos, administrados y mitigados por la parte que se encuentre en las mejores condiciones para hacerlo.⁴⁰ (Conpes 3714, 2011, p.8)

Sobre el particular, un estudio adelantado por la Cámara Colombiana de Infraestructura (2010) da cuenta de cómo,

(“...”) a mayor detalle de los estudios y diseños previos, menores serán las situaciones imprevistas en las obras, y por lo tanto los presupuestos que se elaboran y que dan origen a las disponibilidades presupuestales con las cuales contratan las entidades del Estado serán menos proclives a presentar insuficiencia de los recursos en los contratos”. (“...”)Es decir, a mayor información menor incertidumbre en el costo final. (p.1, 2)

En conclusión, las debilidades en los estudios previos, y la falta de gestión previa frente a los diversos trámites que demanda la ejecución de ciertos contratos, abrirán la compuerta a interpretaciones, modificaciones, incumplimientos, reclamaciones y demandas, y marcarán demoras y conflictos en el tiempo y en la ejecución íntegra y justa del objeto contractual, con el correspondiente retraso en la satisfacción de las necesidades colectivas proyectadas y un eventual menoscabo patrimonial, infringiendo con ello, el principio de economía, haciendo sujetos de investigación y reproche disciplinario con base en la causal en inspección, a los correspondientes operadores estatales.

4.2.2. La Contratación Directa.

De conformidad con lo establecido en el **artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015**, la entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, salvo en los casos exceptuados en la misma norma.

³⁹ Ley 21 de 1991, publicada en el Diario Oficial 39.720 de marzo de 1991.

⁴⁰ “Así, los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación”.

A su turno, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría y la Auditoría General de la República, en **circular conjunta 014 de junio de 2011**⁴¹, consignaron observaciones tendientes a lograr el cumplimiento de las exigencias legales en la celebración de contratos estatales bajo la modalidad directa, en las que se exponen entre otras, consideraciones a tener en cuenta en desarrollo del principio de economía.

Según la directriz en cita, la entidad estatal se encuentra imperativamente convocada a efectuar un análisis sobre (“...”) la imposibilidad o inconveniencia técnica, jurídica o económica de acudir a la convocatoria pública, en los términos previstos en la ley y en los decretos reglamentarios...”, en tanto, la regla general que campea en la materia, es la libre concurrencia a través de modalidades como la licitación, el concurso de méritos y la selección abreviada⁴².

A su turno, la evaluación en comento debe (“...”) analizar las ventajas o beneficios institucionales o colectivos derivados de la aplicación de esta modalidad, frente a los que se obtendrían con una convocatoria pública”.

Expuesto el deber funcional, puedo afirmar que en la gran mayoría de casos, la justificación de la escogencia de la modalidad de contratación directa, configura falta disciplinaria al no consignar en el estudio previo, las razones de imposibilidad o inconveniencia para optar por un procedimiento público, ello con base en los siguientes argumentos:

La experiencia y la práctica contractual evidencian que, el operador estatal al consignar la justificación para hacer uso de la modalidad de contratación directa, se concentra exclusivamente en citar que existe una causal legal para elegir la modalidad en mención y nada más, desconociendo en toda su extensión la obligación de análisis sobre la imposibilidad o inconveniencia técnica, jurídica o económica de acudir a una modalidad abierta y la de examinar las utilidades y valores institucionales o colectivos que se producirán al dar aplicación a un proceso de contratación cerrado.

⁴¹ Circular N° 014 fechada el día 1 de junio de 2011, dirigida a jefes o representantes legales y ordenadores del gasto de entidades públicas sometidas al estatuto de contratación estatal a nivel nacional.

⁴² Conforme el Numeral 2° del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

4.3. Identificación y Análisis de Conductas Particulares que hacen Aplicable el Principio de Responsabilidad

Como cuestión previa es de señalar que (“...) Todo servidor público debe responder personalmente...), (“...) por lo que haga o por lo que otros, bajo su vigilancia hagan...) Gómez, 2009. p.71.

De conformidad con lo previsto en el **numeral primero del artículo 26 de la Ley 80 de 1993**, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

De conformidad con lo antes citado, en esta parte del trabajo, se identifican y analizan conductas desplegadas por los destinatarios de la ley disciplinaria que hacen aplicable el principio de responsabilidad.

4.3.1. Los Fines y la Vigilancia del Contrato.

Los fines de la contratación marcan el rumbo y el destino del actuar del servidor público o del particular destinatario de la ley disciplinaria, en tanto persiguen el interés general, en virtud de la satisfacción de necesidades colectivas debidamente identificadas, colofón que implica para ellos, el deber funcional de vigilancia y control permanente sobre la correcta ejecución del objeto contratado⁴³.

Tal deber funcional se encuadra especialmente, en la protección de la moralidad administrativa, en la prevención de actos de corrupción y en la garantía de la transparencia de la actividad contractual pública.

La obligación legal en comento, se cumple a través de un supervisor o un interventor según se requieran o no, conocimientos especializados sobre el objeto y las especificaciones estipuladas, en los términos de los **artículo 83, 84 y 85 de la Ley 1474 de 2011**.

⁴³ (“...) mecanismo a disposición de la administración, para que a través de un tercero ejerza sus potestades de coordinación, dirección y ejecución de los contratos”. (Rincón, 2011.p.45)

Con este sencillo marco podemos comentar, como se ha vuelto una conducta recurrente en las entidades públicas, designar en la supervisión a contratistas de prestación de servicios profesionales, con desconocimiento de la ley y con unos riesgos altísimos frente a la vigilancia de la ejecución del contrato.

Empecemos por decir, que el alcance del objeto del contrato (prestación de servicios profesionales), se encuentra delimitado por las obligaciones pactadas entre las partes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, siendo contrario a derecho imponer y exigir al contratista prestaciones diferentes a las estipuladas consensualmente.

Tan grave como lo anterior, es que en muchos casos, el perfil profesional y la experiencia del contratista no se relaciona de manera alguna con el objeto y las obligaciones del contrato sobre el cual ejerce la supervisión, así como en otros casos, tiene relación con alguna de las áreas de control, pero desconoce los demás aspectos que la componen.

Las conductas descritas, infringen flagrantemente el deber de vigilancia que atañe a la entidad contratante sobre la ejecución del contrato, en tanto, quien se designa para ejercer el control, no es la persona idónea para realizarlo, poniendo en peligro la buena calidad del objeto contratado⁴⁴ y por ende la satisfacción de las necesidades planteadas con la respectiva contratación. **(Numerales 1 y 8 del artículo 26 del EGCAP)**

Entonces, el despliegue de los comportamientos narrados, configuran desde lo típico, la falta disciplinaria en inspección, generando eventual responsabilidad disciplinaria en los operadores contractuales por incumplimiento de sus deberes funcionales.

4.3.2. Falta de Rigor en la Elaboración de los Estudios y Documentos Previos.

El **numeral 3 del artículo 26 del EGCAP** prevé que “Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños,

⁴⁴ Es de recordar, lo previsto en el parágrafo del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, según el cual constituye falta disciplinaria gravísima, el no exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad, labores para las que requiere sin duda, conocer de la materia que supervisa.

estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”

La falta de rigor en la elaboración de estudios previos, serios, claros, maduros y completos por parte de los operadores contractuales, ha devenido en el ejercicio de conductas o estrategias solapadas, como la siguiente:

(...) han acudido a la estrategia de afirmar en los pliegos de condiciones que la información se entrega a título “meramente informativo” y que es deber del contratista obtener la información completa sobre las condiciones reales de ejecución de las obras. (Blanco, 2011. p.1)

Como lo cita el autor, esta práctica lleva al adjudicatario a estudiar y manifestarse, previo al inicio de la ejecución, sobre la conformidad de los estudios hechos por la administración, la que de ser positiva lo conduce a adelantar la obra con base en ellos “bajo su responsabilidad” y de ser negativa lo obliga a elaborar los ajustes pertinentes, también obviamente siendo responsable de ellos.

Otro mecanismo evasivo de responsabilidad comentado por él, es aquel consistente en que,

(...) cuando el contratista comienza a ejecutar el contrato y detecta algún error en la información suministrada que incide negativamente en la ejecución del contrato y solicita la revisión de las condiciones contractuales, la entidad responde que es el contratista quien debe correr con las consecuencias de esa falencia pues tuvo la obligación de revisar la información solicitada y la oportunidad de pedir aclaraciones antes de presentar su propuesta y como no pidió tal aclaración, es porque aceptó que podía ejecutar el contrato en las condiciones propuestas así el error en la información suministrada por la entidad fuera real.

Tales conductas configuran potencialmente la falta disciplinaria en estudio, generando responsabilidad disciplinaria en el operador jurídico contractual, por violación de los principios y las normas contractuales, al consignar en el pliego, condiciones vagas, equivocadas, o imprecisas,

las que además serán interpretadas en contra de quien las elaboró, es decir la entidad contratante, con base en la carga de corrección, claridad y precisión que a ella corresponde.

5. CONCLUSIONES

En respuesta al problema jurídico planteado y en confirmación de la hipótesis principal, es de afirmar que, es posible complementar los presupuestos de hecho de la falta en estudio, y configurarla a través del desarrollo legal y reglamentario de los principios contractuales.

Teniendo en cuenta que la descripción de la falta contenida en la segunda parte del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se consagra en virtud del sistema de tipos abiertos, la configuración típica de la falta requiere del operador disciplinario, la revisión holística de las normas que despliegan y concretan los principios, ejercicio complejo y dispendioso, necesario a efectos de establecer los deberes funcionales asignados a los operadores contractuales y con base en ellos complementar el tipo.

Con fundamento en la importancia y trascendencia de la actividad contractual para el cumplimiento de los fines del Estado, la falta objeto de observación ha sido calificada como “gravísima” en el Código Disciplinario Único.

No obstante, encontrándonos en presencia de un tipo abierto, al que por remisión se incorporan numerosos deberes funcionales, que comportan disímiles conductas del operador contractual, resulta aventurado en mí sentir, juzgarlas todas como gravísimas, en tanto, no se pueden considerar como equivalentes y recibir el mismo trato, por ejemplo, el dejar de responder alguna observación planteada al proyecto de pliegos de condiciones y la infracción del principio de selección objetiva, fruto de actos de corrupción en el proceso de selección.

Por tanto, considero injusta e indebida la calificación “automática” de gravísima, de “cualquier” actuación pre contractual o contractual que desconozca los principios, en tanto, la potestad disciplinaria se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad, el que conlleva la necesaria ponderación en términos de gravedad o levedad de la falta⁴⁵.

La falta disciplinaria se configura a partir de la previa relación funcional, esto es, surge de la conducta que infringe el deber funcional por parte del servidor público.

⁴⁵ (“...” el juez disciplinario debe hacer una ponderación para determinar si la conducta produjo <cierta cantidad o no, de daño al bien jurídicamente protegido.>” (Maya, 2006. p 2.)

El tipo disciplinario que contiene la falta en examen, utiliza expresiones como “participar”, “en la etapa precontractual”, “o contractual”, “con desconocimiento de los principios”, términos generales que de entrada nos llevan a preguntarnos: ¿Qué debemos entender por “participar” cuando de la actividad del contrato se trata?, respuesta que se hace necesaria, en aras de contar con un insumo básico para configurar la falta.

La participación del servidor público, en cualquiera de las esferas de la actividad estatal, se enmarca en el concepto de función pública, es decir, en ese conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

El agente estatal, servidor público o particular destinatario de la ley disciplinaria, “participa” en la gestión del contrato, a través del ejercicio de los deberes funcionales a él asignados. Tales actuaciones pueden producirse en tres etapas específicas, siendo ellas, la precontractual, la contractual y la post - contractual.

Entonces, ¿Cómo se participa en las etapas precontractual y contractual?,

El sujeto activo participa entorno a la ejecución de sus obligaciones funcionales, sean estas de origen, constitucional, legal, contractual o reglamentario, cuyo incumplimiento configura la presente falta disciplinaria desde el aspecto típico.

La investigación, nos ha permitido identificar conductas que infringen deberes funcionales en cada una de las etapas de la gestión contractual, a partir del examen y determinación de las normas que desarrollan y concretan los principios, esclarecidas y consignadas en las tablas relacionadas con los números 2, 3 y 4 del presente trabajo.

Tales comportamientos, dan lugar a la configuración típica de la falta disciplinaria en estudio, siendo las siguientes, las que acontecen en la etapa precontractual:

La omisión en la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones; la no correspondencia entre proceso de contratación y el Plan de Desarrollo e Inversiones de la entidad; la contratación de bienes o servicios no requeridos por la entidad; la contratación sin razón justificada, de bienes no compatibles con los existentes para resolver la necesidad; el no adelanto del estudio de títulos cuando el proceso contractual comprende bienes inmuebles; condiciones vagas, equívocas, o imprecisas contenidas en el pliego; falta de publicación en el sistema electrónico de información

y contratación; Imposibilidades en la presentación la falta o insuficiencia en las especificaciones del objeto a contratar; la determinación de especificaciones que limitan la participación de ciertos oferentes; el fraccionamiento del objeto del contrato para eludir el procedimiento licitatorio; la carencia o precariedad en la integridad, calidad y veracidad de la información, que da soporte al proyecto; la ausencia de confirmación de existencia de una apropiación disponible y libre de afectación para la asunción de un compromiso (CDP); el comprometer recursos de vigencias futuras sin la consecución previa de las autorizaciones correspondientes; la inexistencia o en trámite de los certificaciones, permisos y licencias requeridas para la ejecución del contrato; la ausencia o escaso análisis previo sobre la modalidad del contrato a celebrar, en atención a la necesidad, y/o la falta de justificación de la misma; fallas en la determinación del valor estimado del contrato; falta de solicitud de las garantías que deben amparar la seriedad del acuerdo contractual, ausencia de aprobación de esta, no solicitud de su ampliación cuando a ello hubiere lugar, no cobro de ella ante el acaecimiento del riesgo; el soslayar las observaciones al proyecto de pliegos de condiciones o no brindar respuesta adecuada a las mismas; deficiencias en el análisis del riesgo y ausencia de oportunidad para discutir su asignación y distribución; la falta de práctica de las audiencias ordenadas por la ley; el impedir o limitar de manera arbitraria la participación de los interesados en el proceso; el establecimiento de requisitos habilitantes que no respondan de forma adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor; la determinación de factores de evaluación que no permitan la comparación objetiva de las propuestas; la modificación de los pliegos sin razón justificada o de manera extemporánea (después del vencimiento del plazo para presentar ofertas) o publicada en días no hábiles o por fuera del horario permitido (7.00 pm a 7.00 am) o con una anterioridad menor a la ordenada (en tiempo menor al día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación y en la licitación pública menor a tres (3) días de anticipación); el no otorgar a los interesados el tiempo suficiente para ajustar sus propuestas a las modificaciones efectuadas al pliego; el integrar comités evaluadores con personal no idóneo; el rechazo de las propuestas por ausencia de requisitos o por falta de documentos no necesarios, para la comparación de las propuestas; la privación de la oportunidad o el tiempo necesario y razonable para subsanar las ofertas; la falta de objetividad en la determinación y aplicación de los requisitos habilitantes; la falta de objetividad en la determinación y aplicación de los factores de evaluación; la infracción del principio de selección objetiva; la adjudicación solo con base en el

factor precio; la adjudicación del contrato al oferente que presente propuesta por debajo del punto de pérdida; la terminación unilateral del proceso de selección sin causa justificada; la ausencia o insuficiencia en la respuesta a las observaciones presentadas sobre el informe de evaluación; la precariedad o falta de motivación del acto administrativo de adjudicación y la declaración de desierto sin existir los motivos para adoptar tal decisión. (Ver normativa tabla 2)

A renglón seguido, se consignan una relación de comportamientos, que dan lugar a la configuración típica de la falta disciplinaria en estudio, las que suceden en la etapa contractual:

Celebración de contratos con personas incurso de inhabilidad o incompatibilidad; Celebración de contratos verbales; giro de anticipos sin contar con la garantía correspondiente; el manejo autónomo del anticipo por parte del contratista; el propiciar, imponer o permitir la ejecución de obras o la prestación de servicios no previstas en el contrato; la falta de respuestas a las solicitudes cursadas por el contratista en la ejecución contractual, celebración de modificaciones, prórrogas o adiciones verbales no acordes con la ley; adiciones que no surgen de la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir los fines de la contratación, sino que obedecen a fallas en la planeación del contrato o a incrementos injustificados fruto de la corrupción, la adición del contrato en cuantía superior a un 50%, salvo las excepciones de ley; falta de solicitud de constitución de garantías que amparen el cumplimiento del contrato, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales y la responsabilidad civil extracontractual; la falta de solicitud de ampliación de los amparos cuando corresponda, la no reclamación ante el acaecimiento del riesgo; la ausencia de registro presupuestal que afecte en forma definitiva la apropiación asegurando los recursos disponibles; la no conservación del equilibrio económico del contrato, la falta de restablecimiento de la ecuación económica en favor del contratista, el no solicitar la revista y la actualización de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en contra de la entidad el equilibrio económico o financiero del contrato; el asumir costos derivados de la ruptura del equilibrio del contrato, imputables al contratista; el delegar la función contractual en funcionarios de nivel distinto al previsto en las normas; el no reasumir la facultad delegada cuando las circunstancias así lo exijan; el no actuar conforme a la ley, frente a inhabilidades sobrevinientes; el permitir la cesión del contrato a quien no cumple

con las condiciones necesarias para su cabal ejecución; la falta de la designación de un interventor cuando la ejecución de las prestaciones requiere de conocimientos especializados; falta de control de la ejecución contractual a través de un supervisor en los casos que la ley lo dispone; designación de un supervisor o interventor que no cuente con el perfil, conocimiento y experiencia suficiente para adelantar la vigilancia permanentemente de la correcta ejecución del objeto contratado; la falta de control sobre los pagos al Sistema de Seguridad Social; La falta de solicitud y exigencia de la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo para la protección de los dineros girados por concepto de anticipo, en los casos exigidos por la ley; ausencia de solicitud, aprobación y seguimiento del plan de inversión del anticipo; falta de imposición de las multas requeridas para conminar al contratista al cumplimiento del objeto contractual; la declaratoria de caducidad sin haber impuesto multas al contratista; la falta de agotamiento de un debido proceso en la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento; la ausencia de aplicación de la cláusula penal pecuniaria cuando a ello hubiere lugar; la ausencia de gestiones encaminadas al cobro de los daños y los perjuicios sufridos por la entidad; la asunción de riesgos por parte de la entidad, no asignados a ella; el recibo de bienes o servicios que no cumplen con las características, calidades y especificaciones contratadas; el certificar como recibidas obras o servicios a satisfacción que no han sido ejecutadas o prestadas. (Ver normativa tabla 3)

La falta en observación, no contempla como infracción disciplinaria, el supuesto de participar con desconocimiento de los principios en la etapa post – contractual, razón por la cual, aquellos comportamientos que susciten la inobservancia de estos o de sus reglas derivadas, no pueden ser objeto de reproche disciplinario con base en la falta en estudio, por ausencia de tipicidad.

La conclusión antes citada, no se adecua al diario transcurrir contractual, teniendo en cuenta la ocurrencia de diversas conductas transgresoras de los principios en esta etapa, ellas en su gran mayoría con ocasión de la liquidación del contrato y de la ineficiente vigilancia y manejo de las garantías post contractuales, por lo que es propuesta académica del presente trabajo, su necesaria inclusión, como falta disciplinaria gravísima.

Prueba de lo anterior, es la relación que a continuación da cuenta de conductas constitutivas de inobservancia de deberes funcionales en la etapa post contractual, a saber:

El omitir los tramites y plazos de liquidación bilateral o unilateral; no liquidar el contrato en el plazo previsto por la ley; el no dejar en el acta de liquidación del contrato, la constancia de los pendientes, ni de las salvedades que correspondan, haciendo imposible su reclamación futura; el no determinarse de manera puntual, clara y concreta, las salvedades objeto de la liquidación bilateral; el no contemplar las multas impuestas, pendientes de pago total o parcial, o el valor por pagar correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, como previa estimación de perjuicios; el reconocimiento irregular de valores producto de prestaciones no ejecutadas o no realizadas en exceso de lo pactado o no debidas al contratista; el aceptar revisar, actualizar o ajustar los precios, sin que existan circunstancias y argumentos ciertos y probados sobre la alteración de los mismos, o se conceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato sin que se demuestren los presupuestos necesarios para ese efecto; el no hacer los reconocimientos pendientes y justificados en favor del contratista; el no exigir la constitución y extensión de las garantías de estabilidad de las obras y de la calidad de los bienes y servicios recibidos. (Ver normativa tabla 4)

Clara la “participación” de los sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, así como las conductas que desconocen los principios, en cada una de las etapas del contrato, dejemos que estos, como supuesto de hecho fundamental de la falta, conciten nuestra atención.

Dado el carácter abstracto, filosófico y general de los principios, ¿Cuándo se consideran desconocidos, generando eventual responsabilidad disciplinaria?

Se consideran infringidos, cuando a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, se demuestra que (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica.

Ese desarrollo legal que permite dar aplicación precisa a los principios (transparencia, economía y responsabilidad), se asienta en las normas que contentivas de mandatos, autorizaciones o prohibiciones, exigen determinadas conductas de los operadores jurídicos contractuales, consagradas en ordenamientos jurídicos de diferentes niveles, como leyes, decretos, acuerdos, ordenanzas, resoluciones, circulares, manuales, reglamentos etc.

Entonces, ¿Cómo se configura la falta disciplinaria objeto de estudio, por infracción al principio de transparencia?

Configura la falta disciplinaria objeto de estudio, por infracción al principio de transparencia, la inobservancia respecto de la “i) igualdad de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

A partir de la igualdad debida como deber funcional, configura la falta disciplinaria cualquier restricción contenida en los pliegos de condiciones o en una posterior adenda, que obstaculice o impida la participación de proponentes, con capacidad jurídica, financiera, organizacional y de experiencia “adecuadas” y “proporcionales” al cumplimiento del objeto del contrato.

Tratando sobre la igualdad, ¿Es posible incluir en los pliegos de condiciones la individualización de bienes o servicios mediante el uso de marcas, origen, referencia o procedencia?

El uso de tales descripciones, así vayan acompañadas de las palabras “o equivalentes”, son alusiones que pueden conllevar el favorecimiento del titular de los equipos, dando al traste con el respeto y cumplimiento del principio de transparencia y selección objetiva que rigen la actividad contractual.

Exigir en las especificaciones técnicas, un origen, una marca o una referencia determinada, son circunstancias que la ley debe entrar a regular, en tanto existen casos en los que se hace ineludible su mención o reseña, como cuando se trata de contratar un sistema de tecnología, información o comunicaciones – TIC, que por sus características estructurales, operativas, funcionales etc., corresponde a una determinada marca.

Como propuesta de este trabajo, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, debe formular políticas y desarrollar planes tendientes a que las entidades del Estado, en los procesos de selección de paquetes tecnológicos, plataformas, hardware, software, comunicaciones etc., no resulten “cautivas” de empresas, que por contar con el “conocimiento técnico detallado” de estos, sujeten a la administración a contratar en el futuro con ellos o con sus distribuidores certificados.

¿Se configura la falta disciplinaria en estudio, cuando la entidad, a sabiendas de su futura “dependencia”, selecciona y contrata un sistema, del que será cautiva en el futuro?

En gracia de discusión, considero que el comportamiento en comento, podría ser objeto de eventual reproche disciplinario, en tanto la conducta desplegada por la entidad, hace nugatoria la competencia en relación con el sistema, desconociendo el principio de libre concurrencia; da lugar al incremento de los precios con un posible menoscabo al patrimonio estatal; y expone a la entidad ante decisiones unilaterales del contratista, como la de no brindarle soporte técnico, no renovar las licencias correspondientes, o no adaptar el sistema a las circunstancias cambiantes del entorno tecnológico y operativo, lo que podría conllevar el incumplimiento de los cometidos estatales inmersos en esa contratación.

La gran mayoría de prácticas que desconocen el principio de transparencia, la normativa contractual y el interés general, se afirman en comportamientos corruptos desplegados por ciertos operadores estatales en connivencia con los contratistas, a saber:

Restricciones contenidas en el pliego, que impiden la participación en el proceso de selección, como por ejemplo aquella que dispone que, no podrán participar, quienes se les haya declarado el incumplimiento en contratos anteriores, dentro de los dos años previos a la apertura del presente proceso, desconoce los principios de transparencia y libre concurrencia, en tanto establece una inhabilidad para participar y contratar con el Estado, configurando la falta disciplinaria objeto de examen.

Las adendas que usualmente surgen de las observaciones formuladas por los interesados al proyecto de pliegos, vienen siendo utilizadas en muchos casos, para el direccionamiento del proceso, ya sea acrecentando o reduciendo las condiciones habilitantes, rebajando o extendiendo las exigencias técnicas, modificando los factores de evaluación, cambiando la ponderación de tales factores, variando los perfiles del personal habilitante o calificable o negando solicitudes de modificación, etc., lo que sucede normalmente, cuando la decisión de favorecer a un determinado proponente, se da con posterioridad a la elaboración de los pliegos de condiciones.

Las modificaciones a las reglas del proceso de contratación, sustentadas en motivos distintos a la claridad de sus condiciones o especificaciones, debida selección, adecuada ejecución, mantenimiento del equilibrio del contrato etc., infringen los principios de transparencia y

selección objetiva, en virtud del desconocimiento de las disposiciones de rango legal que las desarrollan de manera específica y cuya infracción será potencial generadora de reproche por configurar desde la tipicidad la falta en comento.

La modificación de los pliegos sin razón justificada, como conducta violatoria del principio de transparencia, tendiente a favorecer a cierto oferente, me lleva desde la academia a proponer la consagración de una norma, que establezca criterios objetivos que regulen la modificación excepcional y justificada de las reglas del proceso, la que partiría de la elaboración de estudios previos que sustenten la modificación y la justificación de tal reforma en términos de pertinencia, viabilidad, causas y efectos pretendidos.

Con base en la carga de corrección, claridad y precisión como mandato legal del agente, la consagración de reglas subjetivas, parciales, oscuras, turbias, equivocadas o imprecisas, conllevarán responsabilidad para el operador jurídico, ello de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 26 del EGCAP, configurando la falta disciplinaria.

Se configura igualmente la falta, por inobservancia del principio de transparencia, cuando los factores de evaluación llamados a ser objetivos, sufren en su confección de un especial subjetivismo “previo”, en tanto se construyen y plasman en el pliego como un ropaje que se ciñe de manera perfecta a quien se quiere favorecer con la adjudicación. Así, las ventajas competitivas del proponente a favorecer, son las que reciben un mayor puntaje dentro de los factores de ponderación, velando además, porque se consignent de primeras para que resulten efectivas a la hora de desempates.

A su vez, se consagran como factores de ponderación, en algunos concursos de méritos, contar con ciertos “profesionales evaluables”, que deben acreditar especializaciones, maestrías y/o doctorados poco comunes en el medio, demostrar experiencia en determinados cargos públicos, por un cierto número de años, haber efectuado publicaciones en revistas con ciertas características, haber participado en un número mínimo de proyectos específicos, en fin, requisitos que solo cumplen los que están llamados a ganar el proceso en contubernio con la administración, circunstancias violatorias del principio de transparencia y constitutivas de falta disciplinaria.

Se utilizan reglas que buscan incidir en la calificación de sus competidores, siendo este el caso, en el que la entidad o el “oferente a favorecer”, conocen de sanciones impuestas a otros proponentes en procesos precedentes, estableciendo en los factores de ponderación uno denominado, “seriedad y cumplimiento en contratos anteriores”, en virtud del cual, se le asigna un puntaje de cero a quienes hayan sido sancionados, puntos que por el contrario suman en favor del oferente “patrocinado” por la administración, práctica que configura la falta disciplinaria bajo examen.

La selección del contratista, que atienda a criterios, afectos o intereses diferentes a la consecución de los fines y cometidos estatales, no será objetiva, conducta que derivará en la configuración de la falta objeto de estudio con base en la violación del principio de transparencia.

El precepto general en virtud del cual debería seleccionarse el grueso de los contratistas del Estado a través de licitación, es justamente la excepción, en la medida en que la contratación directa, es la modalidad de selección mayormente utilizada, como lo evidencia el Índice de Transparencia de las Entidades Públicas correspondiente al periodo 2015-2016, según el cual, la contratación directa es del 74 por ciento en el nivel nacional, del 59 en el departamental, y en el municipal del 41 por ciento, erigiéndose en la práctica como la regla corriente, la que sin necesidad de convocatoria pública, permite la vinculación de contratistas.

El medio más eficaz para cerrar la puerta a la participación de muchos proponentes, es la determinación de indicadores financieros, organizacionales y de experiencia, que solo cumplen ciertas personas naturales o jurídicas, para quienes se ha confeccionado el pliego, condiciones que usualmente, siendo especialmente altas y desbordadas, no resultan **adecuadas y proporcionales** a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, circunstancias que configuran falta disciplinaria por infracción del principio de transparencia.

En mi concepto, su definición se ve permeado por un especial subjetivismo, en tanto, lo que para mí puede ser adecuado y proporcional, puede no serlo para otro, pudiendo ser utilizado como mecanismo restrictivo de participación.

Conforme con los criterios establecidos en las normas contractuales, ¿es realmente objetiva la selección del contratista? ¡Considero que no!

Teniendo en cuenta que los factores de verificación (habilitantes), hacen parte del proceso de selección, en tanto permiten en una primera instancia, escoger los oferentes que continúan en competencia de cara a la adjudicación, y dado que los criterios previstos en las normas contractuales para su establecimiento, son circunstanciales y discrecionales de la entidad, puedo afirmar que la selección del contratista en realidad no es objetiva, aseveración que contrasta y desentona con el principio contractual de transparencia que así lo consagra.

Sobre el particular, es de anotar, como el esfuerzo normativo contenido en el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, en virtud del cual se consagran los criterios para determinar los requisitos habilitantes, no logra brindarle objetividad al establecimiento de estos, en tanto los criterios de determinación son igualmente relativos. (El riesgo del proceso de contratación; el valor del contrato; el análisis del sector económico respectivo; y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes).

Como elemento propositivo de la presente investigación, el sistema de compras públicas, debería promover una mayor participación de proponentes, que cumplan con ciertas condiciones (realmente proporcionales), que garanticen su idoneidad para la ejecución del contrato, como podría ser, la determinación de los indicadores de capacidad financiera y organizacional, en virtud de una tabla que con base en criterios como la naturaleza, el valor y los riesgos del contrato establezca tope piso – techo, garantizando la selección objetiva y el cumplimiento del principio de transparencia.

Es de señalar como propuesta desde lo académico, la necesidad de que así como los factores de selección están llamados a ser objetivos, los requisitos habilitantes de verificación, que hacen parte del proceso de escogencia del contratista, cumplan con la misma exigencia y característica, logrando una mayor participación de proponentes, con una amplia competencia en condiciones de igualdad objetiva.

La falta de rigor en la elaboración de estudios previos, conlleva el ejercicio de conductas o estrategias solapadas por parte de la entidad, como afirmar en los pliegos de condiciones que la

información se entrega a título “meramente informativo” y que es deber del contratista obtener la información completa sobre las condiciones reales de ejecución de las obras, circunstancia que configuraría la falta disciplinaria bajo examen.

En la misma línea, cuando el contratista comienza a ejecutar el contrato y detecta algún error en la información suministrada que incide negativamente en la ejecución del contrato y solicita la revisión de las condiciones contractuales, la entidad responde que es el contratista quien debe correr con las consecuencias de esa falencia pues tuvo la obligación de revisar la información solicitada y la oportunidad de pedir aclaraciones antes de presentar su propuesta y como no pidió tal aclaración, es porque aceptó que podía ejecutar el contrato en las condiciones propuestas, así el error en la información suministrada por la entidad fuera real, circunstancia constitutiva de falta disciplinaria, en tanto es deber funcional del operador, entregar estudios previos, serios, claros, maduros y completos.

Ahora bien, ¿Cómo se configura la falta disciplinaria objeto de estudio, por infracción al principio de economía?

La inobservancia de los deberes funcionales contenidos en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, son la base para configurar la falta disciplinaria en estudio, desde el aspecto típico de la conducta.

La violación del principio de economía a través del desconocimiento de los deberes funcionales de planeación, además de configurar falta disciplinaria gravísima, genera nulidad del contrato por objeto ilícito, cuando su precariedad, pone en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.

Las debilidades y falencias de los estudios y documentos previos, abren la compuerta a las interpretaciones, modificaciones, incumplimientos, reclamaciones y demandas, en tanto no brindan claridad meridiana sobre los diferentes aspectos que comporta el desarrollo del objeto del contrato, y hacen transitar obligacionalmente por un camino poco lucido y claro frente al

cumplimiento del alcance de lo pactado con el contratista, circunstancias configurativas de la falta disciplinaria bajo observación.

Es de poca ocurrencia encontrar en los estudios precontractuales, la revisión y análisis de las diversas alternativas para resolver la necesidad advertida, circunstancia que impide a la entidad examinar los posibles costos, beneficios, desventajas, eficacia, conveniencia etc., de cada una de ellas, como por ejemplo cuando el proceso de selección persigue dotar de transporte a los directivos y operarios de la entidad, necesidad que bien podría ser suplida a través de la compra, el leasing o el arrendamiento de vehículos.

En desarrollo de los trámites previos, ¿Es suficiente como justificación de la escogencia de la modalidad de contratación directa, evidenciar la existencia y aplicación de la causal legal correspondiente que la autoriza?

Es de considerar que, inobserva el principio de economía la entidad estatal que no consigne en la justificación, el análisis sobre la imposibilidad o inconveniencia técnica, jurídica o económica de acudir a la convocatoria pública, incurriendo en falta disciplinaria.

La falta de apropiación global para imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como para los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos, configurará falta disciplinaria por desconocimiento del principio de economía.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de los preceptos contenidos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, creará responsabilidad personal, pecuniaria y disciplinaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.

Los particulares sólo serán responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, pero en razón de ciertas relaciones especiales de sujeción (labores de supervisión o interventoría, ejercicio de funciones públicas, manejo de recursos públicos, consultores y asesores externos), deben responder por el incumplimiento de sus deberes funcionales, pudiendo incurrir en las mismas clases de responsabilidad que se predicen del servidor público del Estado.

¿Existe solidaridad entre el Estado y el servidor público, frente a una conducta que por acción u omisión genere daños antijurídicos de carácter económico?

No existe vínculo de solidaridad entre el operador jurídico y el Estado, en tanto no se trata de una persona diferente, el funcionario es el órgano por cuyo conducto actúa la administración

mediante el cual expresa su voluntad, por lo que la responsabilidad por el daño causado recae sobre el ente estatal. Diferente es el caso de que por la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario en el cumplimiento de sus deberes, la entidad pueda repetir contra éste, el pago que llegue a efectuar como consecuencia de la sentencia en la que se haya establecido la responsabilidad.

La “delegación si exime de responsabilidad al delegante” por las actuaciones del delegatario y la misma “corresponderá exclusivamente a este último” ¿Porque?

El delegante no responde por las actuaciones del delegatario, sino 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.

Genera responsabilidad celebrar contratos con personas consideradas legalmente incapaces en las disposiciones vigentes, como es el caso de quienes se hallen incurso de inhabilidad o incompatibilidad, resultado de una condena o una sanción disciplinaria o por el desempeño de ciertos empleos públicos, lo que hace absolutamente nulo el contrato estatal y configura la falta disciplinaria en comento, desde la perspectiva típica.

Será objeto de responsabilidad y se configurará la falta disciplinaria bajo examen, cuando el perfil profesional y/o la experiencia del supervisor o del interventor designado, no corresponde al objeto y a las obligaciones del contrato sobre el cual ejerce control, o como en otros casos, tiene relación con alguna de las áreas de vigilancia, pero desconoce los demás aspectos que la componen.

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYALA CALDAS, Jorge Enrique (1999). *Elementos del derecho administrativo general*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

BALLÉN, Rafael (1998). *Derecho administrativo disciplinario*. Bogotá, Ediciones Temis.

BARRERA LÓPEZ, Leonel, BECERRA VERA, Fabio Augusto (2015). *Estandarización Conceptual de Aspectos Relevantes en Contratación de las Entidades Estatales y/o Territoriales*. (Trabajo de grado especialización en gestión pública), Universidad Nacional Abierta y a Distancia, recuperado de <http://repository.unad.edu.co/bitstream/10596/3764/1/17355968.pdf>

BAUTISTA CELY, Martha, Hernández Ramírez, Fabio (2010). *El control interno de las entidades*. Bogotá, ICDD, Ediciones Nueva Jurídica.

BENAVIDES, José Luis (2002). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BETANCURT CUARTAS, Jaime (1998). *Estatuto General de la Administración Pública*. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE.

BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique (2009). *Manual del acto administrativo*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional.

BLANCO RESTREPO, José Vicente (2011). *La responsabilidad del estado por la calidad de la información suministrada en las licitaciones públicas*. Recuperado de <http://contratacionestatal.blogspot.com.co/2011/02/la-responsabilidad-del-estado-por-la.html>

BRITO RUIZ, Fernando (2002). *La Función Pública y el Derecho Disciplinario, Aspectos Constitucionales*. Colección de Derecho Disciplinario, número 1, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

BULLA, Jairo Enrique (2006). *Derecho disciplinario*. (2 ed.) Bogotá, Editorial Temis

BURGOA, ORIHUELA, Ignacio (1997). *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparos*, (5 Ed.), México, Editorial Porrúa.

La Responsabilidad Disciplinaria Motivada en el Desconocimiento de los Principios que Rigen la Actividad Contractual del Estado

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.

CACIAGLI, Mario (1996). *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CALIXTO RODRÍGUEZ, Diana Carolina, (2011). *Responsabilidad Disciplinaria del Servidor Público en la Contratación Estatal*. (Ensayo requisito de grado de especialización), Instituto de postgrados Forum, Universidad de la Sabana.

CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA (2010). *Los factores que afectan el buen desarrollo de las obras en el país*. Recuperado de <http://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/presentaciones/2010/FACTORES%20ATRASS%20OBRAS-4%20de%20feb%202010.pdf>

CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique (2004). *Celebración y ejecución de contratos estatales* (1ª ed.), Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (s.f). *Manual para para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DNP, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (2011). *Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*. Documento CONPES 3714 Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal*, (1ª ed.). Bogotá, Legis S.A

DROMI, José Roberto, (2002). *La licitación Pública*, (2ª ed.), Buenos Aires, Editorial Astrea.

ESCOLA, Héctor (1973,). *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones de Palma.

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar (2000). *La Contratación estatal. Comentarios a la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios*, (4 ed.), Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2008). *Prescripción de la acción disciplinaria*. Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios del Ministerio Público, volumen 11, obra colectiva, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2009). *Asuntos disciplinarios, praxis y jurisprudencia*. Volumen 2, segunda edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

HENRÍQUEZ ORREGO, Ana (2007). *Conjeturas sobre realismo político en Nicolás Maquiavelo*: Análisis del libro primero de los discursos sobre la primera década de Tito Livio. Cita tomada de Discursos I. Capítulo 37. Recuperado de <http://historia1imagen.cl/2007/05/27/realismo-politico-en-nicolas-maquiavelo/>

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Martín (2012). *Enseñanza y aprendizaje del derecho disciplinario*. Grupo Editorial Ibáñez.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá, Editorial Temis.

LÓPEZ AMADOR, Alberto (2017). *El detrimento al patrimonio público como falta disciplinaria gravísima*. Artículo para optar el título de Magister en Derecho Contractual Público y Privado, Universidad Santo Tomás.

LUDWING M, GÓMEZ P, SANCHEZ E (2009). *Lecciones de derecho disciplinario*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, volumen 12 – Instituto de Derecho Disciplinario, Bogotá.

MANTILLA PALLARES, Carlos Mauricio (2014). *Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia*. Revista Principia Iuris, número 22, 2014-II, Universidad Santo Tomas de Aquino.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique (2008). *Jurisprudencia Constitucional Sobre Función Pública y Carrera Administrativa en Colombia*. Revista de Derecho N° 30, División de Ciencias Jurídicas Universidad del Norte, Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200011

MARIENHOFF, Miguel Santiago (1992). *Tratado de derecho administrativo*, tomo III A, (3 ed.) actualizada, Buenos Aires.

MAYA VILLAZON, Edgardo (2006). *La ilicitud sustancial*. Procurando, Boletín Informativo N° 43, Procuraduría General de la Nación.

MELÉNDEZ JULIO, Inocencio (2003). *Teoría de la falta gravísima y juzgamiento disciplinario de los contratos estatales*. (Tesis de maestría), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro (2005). Preguntas, respuestas y casos de derecho administrativo. (2 ed.) Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

ORDOÑEZ, MALDONADO, Alejandro (2009). *De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

QUINTERO RESTREPO, León David, (2011, 15 de septiembre). *Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y Numerus Apertus*. Diálogos de Derecho y política, número 7. Recuperado de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11058-33447-1-PB.pdf>

RAZQUIN LIZARRGA, Martin María (2012). *Contratos públicos y recursos*. Recuperado de <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.39/relcategoria.208/relmenu.3/chk.9c6f9fa4fdc7a8a8e3cd785b27d35a88>

REYES CUARTAS, José Fernando (2003). *Dos estudios de derecho sancionador estatal*. Colección de Derecho Disciplinario, número 3, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

RINCÓN SALCEDO, Javier Augusto, (2011). *la eficiencia y la eficacia en el contrato de interventoría*. Colección Monografías, Pontifica Universidad Javeriana, Javegraf.

SÁNCHEZ E, YATE D, DIAZ A (2009). *Estudio sistemático de las faltas gravísimas*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel (2005). *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Colección de Derecho Disciplinario, número13, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2005). *Tratado de derecho administrativo, contratación indebida*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SOCIEDAD CIVIL (2017). Índice de Transparencia de las entidades públicas correspondiente al periodo 2015-2016. Recuperado de <http://indicedetransparencia.org.co/Resultados2015-2016>

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique (1999). *Contratación Administrativa*. Bogotá, Editorial Librería del Profesional.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo (2007). *Reforma a la Ley 80*. Ponencia presentada en el Seminario de Contratación Estatal. Bogotá, Colombia, Dirección Jurídica Distrital, Alcaldía Mayor de Bogotá.

TORRES ESTEPA, Adriana (2013). *Responsabilidad de los funcionarios en la contratación estatal en Colombia*. Revista Principia Iuris, número 20, Universidad Santo Tomás de Aquino.

VALENCIA RESTREPO, Hernán (1993). *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá, Editorial Temis.

VEGA DE HERRERA, Mariela (2005). *Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia*. Revista Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Editorial Universidad Militar Nueva Granada.

YONG, SERRANO, Samuel (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.