

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

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. EL CONTRATO ESTATAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO.
 - 1.1. La falta y la acción disciplinaria
 - 1.2. La falta disciplinaria gravísima y sus sanciones
 - 1.3. El sistema de tipos abiertos en las faltas disciplinarias
2. PRECISIÓN Y DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN LA FALTA EN ESTUDIO
 - 2.1. Participar
 - 2.2. Participar en la etapa pre - contractual
 - 2.3. Participar en la etapa contractual
 - 2.4. Participar en la etapa post – contractual
3. EL DETRIMENTO AL PATRIMONIO PÚBLICO COMO ELEMENTO DE FONDO DE LA FALTA EN ESTUDIO
 - 3.1. Nociones, elementos y precisiones
 - 3.2. Elementos y comportamientos relevantes en el estudio del detrimento al patrimonio público en la etapa precontractual
 - 3.2.1. El Precio
 - 3.2.2. El sobreprecio
 - 3.2.3. El infra precio
 - 3.2.4. La garantía de seriedad
 - 3.3. Elementos y comportamientos relevantes en el estudio del detrimento al patrimonio público en la etapa contractual.

- 3.3.1. Sobreprecios (etapa contractual)
- 3.3.2. La garantía de cumplimiento
- 3.3.3. La cláusula penal pecuniaria y las multas

- 3.3.4. Actuaciones con ocasión del contrato en detrimento del patrimonio público
 - 3.3.4.1 Pago de intereses moratorios
 - 3.3.4.2. El anticipo

- 3.4. Elementos y comportamientos relevantes en el estudio del detrimento al patrimonio público en la etapa post – contractual.
 - 3.4.1. La liquidación
 - 3.4.2. Las garantías post contractuales

- 4. COMPLEMENTOS NORMATIVOS
 - 4.1. Etapa precontractual (Tabla 1)
 - 4.2. Etapa contractual (Tabla 2)
 - 4.3. Etapa post contractual (Tabla 3)
 - 4.4. Normativa general aplicable (Tabla 4)

- 5. CONCLUSIONES

Resumen

De conformidad con el principio de legalidad, 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.

Cuando de la actividad contractual se trata, la multiplicidad de posibles conductas, agentes y variables en la gestión del contrato, justifican la consagración de las faltas, en virtud del sistema de tipos abiertos, el cual se caracteriza por la falta de precisión del tipo, debiendo ser complementado a través de la remisión a otros ordenamientos legales y/o reglamentarios.

A efectos de integrar el tipo y configurar la falta en examen (artículo 48-31 Ley 734 de 2002), el presente estudio identificará, separará y analizará los presupuestos descriptivos de la falta, en las diferentes etapas de la actividad del contrato, con especial énfasis en el detrimento al patrimonio estatal, con la necesaria determinación de las normas que establecen deberes funcionales respecto del manejo y la administración de recursos o fondos públicos.

A lo anterior sumaré, el estudio particular de elementos y comportamientos relevantes, que en el desarrollo de cada una de las etapas, pueden llegar a generar lesión o menoscabo al patrimonio público, examen que brindará un aporte experiencial al operador jurídico contractual y disciplinario.

Palabras claves

Falta disciplinaria gravísima, tipicidad, responsabilidad, detrimento, patrimonio público.

Abstract

In accordance with the principle of legality, only could be investigated and sanctioned, who incur in behaviors that are described as lacking in the law in force at the time of its realization.

When the contractual activity is concerned, the multiplicity of possible behaviors, agents and variables in the management of the contract, justification of the consecration of the faults, under the open rate system, which is characterized by lack of precision of the type, and it should be complemented by references to other legal and / or regulatory.

In order to integrate the type and configure the fault under examination (article 48-31 Law 734 of 2002), this study will identify, separate and analyze the descriptive assumptions of the lack, in the different stages of contract activity, with special emphasis in the detriment to the state patrimony, with the necessary determination of the norms that establish functional duties with respect to the ordination and the administration of the resources or public funds.

To the above I will add the particular study of relevant elements and behaviors, which in the development of each of the stages, may generate injury or impairment of public property, examination that will provide an experiential contribution to the contractual and disciplinary legal operator.

KEY WORDS

Lack of disciplinary grace, typicity, responsibility, detriment, public patrimony.

INTRODUCCIÓN

El Estado encuentra en el contrato público, su vehículo más importante, en tanto es este, el que le permite la ejecución y materialización de sus fines.

Concorre en él, como motivo y al mismo tiempo como finalidad, la satisfacción de las necesidades colectivas, en desarrollo de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

Tan significativo propósito, conlleva la necesidad imperiosa de un actuar diligente, idóneo, eficiente, oportuno y ajustado al ordenamiento jurídico por parte de los operadores contractuales, servidores públicos o particulares en ejercicio de función pública¹.

Por tanto, el actuar alejado de la normativa que regula su ejercicio, se constituye en una amenaza para la administración y en una afrenta a la sociedad, en la medida en que distrae la observancia y satisfacción que los deberes funcionales entrañan, poniendo en riesgo el logro de los cometidos estatales.

Conforme con ello el legislador, en desarrollo de los principios de legalidad y de reserva legal, ha establecido las conductas que constituyen falta disciplinaria, las que se enmarcan en el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la violación del régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

Por su marcada importancia, los comportamientos irregulares que de manera directa o indirecta atañen a la gestión del contrato, han sido tipificados como faltas disciplinarias gravísimas, con la correspondiente punición, que alcanza la destitución y la inhabilidad general hasta por veinte (20) años en el caso del servidor público, y de multa de diez (10) a cien (100) SMLMV con inhabilidad

¹ La responsabilidad del particular se fundamenta en las relaciones especiales de sujeción, presentadas como: Aquellas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa que el común de los ciudadanos. (Briceño y Cuentas. s.f).

para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con este de uno a veinte (20) años, para el particular.

Tal tipificación como consagración positiva, ha sido efectuada mediante el sistema de tipos abiertos, es decir, que su descripción no cuenta con todos y cada uno de los elementos necesarios para la configuración de la conducta, haciendo forzosa la remisión a otros ordenamientos, a través de los cuales se busca precisar los elementos faltantes, ejercicio sin el cual sería impracticable el debido proceso de adecuación típica, circunstancias que constituyen la base del problema jurídico a tratar en este documento.

Los comportamientos así definidos, aunque aceptados constitucionalmente, dejan un amplio margen de interpretación, valoración y determinación a los operadores disciplinarios, quienes deben recurrir a un amplio estudio de la normativa que regula la actividad del contrato, así como de aquellas circunstancias y supuestos de hecho que describen la conducta.

Este es el caso de la falta disciplinaria objeto de estudio, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 - CDU², la que consagra como falta disciplinaria gravísima, el participar en la etapa precontractual o contractual en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que rigen la actividad contractual.

Convoca nuestra atención en el presente estudio, los presupuestos de hecho contenidos en la primera parte de la falta en cita, los que expresan de manera general, el “participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público...”, representación de la que surge una indefinición mayúscula, a la hora de precisar los presupuestos que debe comprender el comportamiento del sujeto activo, en aras de poder adelantar la comparación y adecuación de la conducta a la norma.

Así, el presente estudio orbitará sobre uno solo de los elementos que estructuran la falta disciplinaria, siendo este el aspecto típico de la conducta.

De conformidad con las circunstancias advertidas, realizaré un ejercicio de análisis, en virtud del cual adelantaré la distinción y definición cada uno de los componentes de la falta, siendo esta

² Ley 734 de 2002, publicada en el Diario Oficial 44699 del 5 de febrero de 2002.

la manera de conocer la naturaleza del objeto estudiado, lo que nos llevará a establecer los deberes funcionales de los operadores contractuales en las diferentes etapas de la actividad del contrato, en su relación con el patrimonio público, lo que comportará la determinación de las normas que complementan de manera eficiente el tipo, permitiendo desde lo típico, la configuración de la falta en observación.

A partir del examen y determinación de las normas, reconoceré y enlistaré los comportamientos más importantes que en relación con el deber funcional de administración y manejo de los recursos públicos, dan lugar a la configuración típica de la falta en cada una de las etapas de la actividad contractual.

A su vez, el documento contemplará un estudio particular de elementos y comportamientos relevantes, que en la práctica pueden llegar a generar detrimento al patrimonio estatal, divididos según la etapa en la que pueden acontecer, ello como aporte experiencial al operador jurídico contractual y disciplinario.

Entonces, el desarrollo del proyecto permitirá confirmar la hipótesis planteada, estableciendo si es posible configurar la falta disciplinaria en comento, a través de la aplicación de los complementos normativos que regulan el detrimento al patrimonio estatal.

1. El Contrato Estatal y el Derecho Disciplinario

El cumplimiento de los fines del Estado, cuenta en el “contrato estatal”, con el principal vehículo para la ejecución y materialización de los mismos³.

Entonces, el contrato del Estado, en el que se confunde su causa y finalidad, exige como motivo determinante en el obrar “...la presencia del interés público o la satisfacción de las necesidades colectivas, que es la razón de ser del contrato público”. (Expósito, 2004. p. 297)

Así, cuando el servidor público en ejercicio de obligaciones, mandatos o prohibiciones, se aparta del fin perseguido con el acuerdo contractual, surge la potestad sancionadora del Estado, siendo una de sus especies, la disciplinaria.

Esta se encuentra regida por el derecho disciplinario, rama del derecho público sancionatorio, que ha sido definido como:

Un conjunto de normas y actuaciones administrativas, con características propias, autónomas, independientes, producto de la potestad sancionadora del Estado, cuya razón de ser no es otra que preservar la organización y buen funcionamiento de las entidades estatales, así como el correcto comportamiento de los individuos encargados de la prestación de la función pública. (Organista y Duque, s.f, p.7.)

Conforme con lo dicho, el desconocimiento del deber funcional asociado a la actividad del contrato, dispositivo capital para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales, configura la falta, la cual hace surgir la aplicación del derecho disciplinario, rama autónoma e independiente, que busca de una parte, evitar la comisión de comportamientos que atentan contra la debida y eficiente gestión y de otra, precaver su posible repetición.

1.1. La Falta y la Acción Disciplinaria

Constituye falta disciplinaria⁴ (“...”) la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional. (Sánchez, 2005, p. 19-20)

³ Al respecto, Aponte (2014) considera, que “el fundamento de la contratación estatal es la atención de los fines y finalidades del Estado, establecidos constitucionalmente...” en su artículo segundo. (p.7)

Por tanto, el proceso disciplinario busca proteger preferentemente “...la moralidad de la administración, por ello se centra en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios”. (Gómez, 2009.p.32)

“La falta se configura a partir de la previa relación funcional, esto es, surge como consecuencia del incumplimiento de las tareas o cometidos oficiales de la entidad en la que labora el disciplinable...” (Sánchez, Yate, Díaz, 2009. p.18)

La contravención de tal deber⁵, puede presentarse por acción u omisión⁶ en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, por extralimitación de sus funciones o cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivaldrá a producirlo, según lo prevé el artículo 27 del capítulo cuarto del CDU.

A su vez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del CDU, en materia disciplinaria, las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa⁷.

Como lo expresa Yate 2002, (“...”) digamos también, ubicándonos en la órbita de la potestad sancionatoria estatal, que la violación de dicha normatividad puede remitir irremediamente a consecuencias jurídicas de orden sancionatorio que originen la acción disciplinaria...”, (p.13), comprendida esta, como (“...”) La facultad que la ley confiere a ciertas autoridades para iniciar, adelantar y fallar una investigación o averiguación que se promueve cuando un servidor público, en razón, con ocasión o como consecuencia de su función, cargo o servicio incumple un deber...”(Cruz, 2007, p. 19).

En consideración de Quiñones (2002), la acción disciplinaria⁸ se ha erigido con dos propósitos: (...) primero, garantizar la función pública al servicio de los intereses generales (art 209 C.N); segundo, salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en su empleo, los servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad (art 123 Inciso 2 C.P.). (p.36)

⁴ Definida por el Artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

⁵ La realización de la conducta, sumada a la ilicitud sustancial de la misma, da origen al ilícito disciplinario, definido como “...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, 2006. p. 80-81)

⁶ Gómez (2007) comenta al respecto, que “...en derecho disciplinario poca o ninguna importancia tiene diferenciar entre acción y omisión, puesto que toda falta disciplinaria se reconduce a la infracción de un deber, esto es, el deber se desconoce tanto por acción como por omisión.” (p.311)

⁷ Colombia, Corte Constitucional (2002, marzo), “Sentencia C – 155”, M. P. Vargas Hernández, C.I.

⁸ Tal acción, tiene como fundamento la potestad disciplinaria, que se concreta, en el poder o facultad de sancionar a sus propios funcionarios, posibilidad que surge en el ámbito de la relación especial de sujeción y que busca, garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública, que es lo que se conoce como mecanismo de autocontrol o autotutela. (Yate, 2007. p. 25)

Entonces, tales conductas, que motivan el ejercicio de la potestad y la acción disciplinaria⁹ de la administración, desplegadas por los sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, se presentan de cara a nuestro estudio, con motivo u ocasión de la actividad contractual, a través del quebrantamiento de los deberes funcionales¹⁰ que a ellos corresponde, así como de la desobediencia a las normas que rigen el trámite y procedimiento de preparación, celebración y ejecución del contrato estatal, comportamientos que configuran la falta disciplinaria.

1.2. La Falta Disciplinaria Gravísima y sus Sanciones

Constituyen faltas disciplinarias gravísimas, aquellas conductas que, (...) afectan en mayor medida la gestión administrativa las cuales se insertaron en un catálogo descriptivo y detallado en consonancia con la aplicación de la teoría de los tipos abiertos con el fin que ningún comportamiento irregular de los servidores públicos o de los particulares con funciones públicas quedara al margen de la sanción disciplinaria. (Galvis & Cáceres 2011, p. 15).

Bajo el principio de reserva legal, el legislador ha señalado tales conductas¹¹, en un inventario exclusivo de sesenta y tres infracciones, dentro de las cuales ocho especifican de manera directa o indirecta violación de deberes funcionales concernientes a la gestión contractual, siendo ellos, los consagrados en los numerales, 29, 30, 31, 32, 33, 34 del artículo 48 del CDU y las descripciones normativas previstas en los números 1 y 35 ibídem, respectivamente, consagración que pone de presente la importancia de la gestión del contrato, para el poder constituyente derivado.

Las conductas descritas en la norma en comento, constituyen falta disciplinaria gravísima, que de ser calificada a título de dolo o de culpa gravísima, tendrán una sanción¹² de destitución del cargo o la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, e inhabilidad general de entre 10 y 20 años para ejercer la función pública, en cualquier cargo o función, o prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con éste.

Cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente, en los términos del artículo 46 del CDU y de la Sentencia C- 948 de 2002.

9

¹⁰ Si la forma del acto esta prescrita a fin de que el acto sea idóneo al objeto del proceso, y si los oficiales del proceso son elegidos y vigilados para que ejerciten sus poderes en modo de alcanzar dicho fin, se comprende que, ante todo, cumplir con el acto en la forma requerida por la ley constituye el contenido de una de sus obligaciones (Carnelutti, 1971, p.80)

¹¹ En los artículos 23 y 50 de la Ley 734 de 2002 cuyo epígrafe es “falta disciplinaria y faltas graves y leves”, “...no se suministra una conceptualización propiamente dicha sino esquematización (sic) conceptual de cómo se constituye una falta disciplinaria presuntamente gravísima en la primera norma y expresamente grave o leve en el segundo artículo”. (Riascos, 2011, p.385)

¹² La sanción disciplinaria es entendida como “... una limitación o afectación de derechos del servidor público inherente a la relación laboral o de particulares con funciones públicas como consecuencia de la infracción al deber funcional”. (Lecompte, 2008, p. 22)

Es menester anotar, como la sanción resulta de un proceso disciplinario en el que el operador, (...) concentra en sus manos las funciones de la investigación, instrucción, juzgamiento y proferimiento de sentencia, actos procesales que se configuran a partir de compartimentos – estancos dirigidos por un mismo funcionario lo que no permite la redefinición de los roles de defensa, acusación y juzgamiento...”. (Gómez, 2009.p.87)

Es de considerar que, los operadores disciplinarios, en muchos casos, se enfocan en soportar, defender y mantener la imputación, circunstancia muy grave para el sistema retributivo de justicia funcional, razón por la cual se hace necesario, una modificación legal en el conocimiento de las etapas de acusación y juzgamiento, buscando brindar reales garantías de justicia al encartado¹³.

Así las cosas, las conductas propias o relacionadas con la actividad contractual, han sido consagradas en la norma, por su marcada importancia en los logros estatales, como faltas disciplinarias gravísimas, que prevén una consecuencia sancionatoria más vigorosa y fuerte para su destinatario, buscando ser una herramienta disuasiva para el conglomerado del sector público y de enmienda para el sancionado, evitando con ella su repetición.

1.3. El Sistema de Tipos Abiertos en las Faltas Disciplinarias

Como corolario podemos predicar que, los sujetos disciplinables, sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. (Artículo 4 del CDU)

Por regla general, el legislador ha consagrado las faltas disciplinarias a través del sistema de tipos abiertos¹⁴, que si bien, es admisible constitucionalmente, deja un amplio margen a la interpretación, valoración y determinación de los elementos y circunstancias que conforman el tipo disciplinario, en tanto, su precisión y detalle solo se alcanza a través de la remisión, estudio y aplicación de complementos normativos¹⁵, vastos y extensos, compuestos por las diversas disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, además de las leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, ordenanzas, circulares, órdenes administrativas, manuales de funciones a las que debe acudir el operador jurídico para completar y estructurar la falta disciplinaria.

¹³ El trámite debe atender el debido proceso, “...como principio fundamental garantista se convierte en la valla más eficaz para racionalizar el ejercicio del poder represivo del Estado, un instrumento garantizador de los derechos del individuo frente al poder estatal, y por esto su capital importancia...” (Saavedra,1995, p.39)

¹⁴ A diferencia del derecho penal en el que campea el sistema de tipos cerrados.

¹⁵ El Derecho Disciplinario (“...”) puede complementarse - en caso de vacíos - con las demás legislaciones... (Daza, s.f, p. 62)

Se trata de tipos en blanco, en tanto la conducta reprochable (“...”) no está integralmente descrita en cuanto el legislador remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica”. (Roa & Ferrer, 2008. p.41)

La tipificación de las faltas disciplinarias de naturaleza contractual a través del sistema en comento, pese a las deficiencias y complejidades que puede ocasionar en su aplicación, es necesaria, en tanto el número de posibles conductas o comportamientos que pueden ser desplegados con motivo u ocasión de la actividad del contrato son innumerables. A su vez, el número de sujetos que participa en la actividad contractual es considerable, su actuación se da en diferentes niveles de jerarquía de la entidad, con distintos grados de responsabilidad y se sucede en diversas etapas del proceso de contratación, como son la precontractual contractual y post contractual, circunstancias que hacen materialmente imposible su consagración completa, precisa y detallada por parte de la ley.

No obstante, la consagración de las conductas constitutivas de falta a través del sistema de tipos abiertos, no es pacífica, como se advierte en aclaración de voto de la Sentencia C – 030 de 2012, en donde la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, expresó sobre el punto:

Dado el lenguaje general y abierto empleado por el legislador en este caso para consagrar estos deberes y el hecho de que tales textos servirán para determinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, el riesgo de interpretaciones arbitrarias es mayor.

Entonces, el sistema de tipos abiertos, aunque necesario, empaña el examen de **tipicidad**¹⁶, elemento fundamental a la hora de iniciar la configuración de la falta disciplinaria.

De conformidad con las circunstancias advertidas, realizaré un ejercicio de análisis, en virtud del cual adelantaré la distinción y definición cada uno de los componentes de la falta, siendo esta la manera de conocer la naturaleza del objeto estudiado, y a partir de estos, profundizaré en sus relaciones, y en las circunstancias de mayor ocurrencia que se presentan en su ejercicio práctico.

2. Precisión y Definición de los Elementos que Componen la Falta en Estudio

¹⁶ La tipicidad ha sido definida como “...la característica resultante de confrontar el actuar humano con las prohibiciones o mandatos consignados por el legislador en el texto legal”. (Bustamante, 2011. p.1).

Siendo el objeto de nuestro análisis y reflexión, el primer aparte de la falta disciplinaria gravísima establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, pasaré a continuación al adelanto del ejercicio anunciado.

2.1. Participar

“31. **PARTICIPAR** en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público...”. (Negrilla y mayúscula fuera del texto original)

Como aproximación digamos en primer lugar, que el Diccionario de la Real Academia Española, refiere cinco acepciones del término “participar”, siendo la primera de ellas, aquella que lo define como “Dicho de una persona: Tomar parte en algo”. (p.1145)

El servidor público o el particular cualificado, toma parte o “participa” en las actividades del Estado a través del ejercicio de la función pública¹⁷, que se concreta en lo contractual, a través de las actuaciones que surte en cumplimiento de sus deberes legales, convencionales o contractuales, en una sucesión de etapas que tienen actividades previas y posteriores al contrato y subsiguientes a la terminación del plazo contractual, veamos:

2.2. Participar en la Etapa Precontractual

Teniendo claro que, el agente del Estado interviene en la actividad contractual a través del cumplimiento de sus deberes, es menester preguntarnos, ¿cuáles son los principales deberes funcionales que atañen al operador contractual en la **etapa previa al contrato¹⁸, relacionados con el patrimonio público?**

Iniciemos por decir que, la etapa precontractual, “...es la que antecede a cualquier contratación” (Cuellar 2010. p. 7), pero tal afirmación no precisa, ¿con qué actuación comienza y en qué documento se concreta formalmente?

En mi consideración, esta etapa precedente al contrato, se inicia con la identificación de las necesidades por satisfacer en el año fiscal, las cuales se plasman en el Plan Anual de

¹⁷ Comprende Hernández Por “función pública” (2007), “...aquellas actividades o potestades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado, como expresión de la soberanía y que están directamente relacionados con el cumplimiento de sus fines esenciales como sistema de organización política y democrática”. (p.28)

¹⁸ “ El período precontractual es aquel que cubre toda la duración anterior a un determinado contrato comprendido desde la propuesta encaminada a celebrarlo, hasta su perfeccionamiento o la pérdida de efectos de la propuesta” (Contreras, 1986. p.28)

Adquisiciones – PAA, ello en cumplimiento del imperativo legal contenido en el **artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015**¹⁹- Decreto Reglamentario Vigente – D.R.V.

Como se advierte, el cumplimiento de tal disposición normativa, conlleva un estudio previo, tendiente a la identificación, registro, **programación, cuantificación, fuente** y detalle de las necesidades de bienes, obras y servicios durante el año fiscal, ejercicio de planeación y publicidad, que entre otras, permite aumentar la participación del número de potenciales proveedores interesados y conlleva la posibilidad de realizar “compras corporativas”, estas definidas por Salvatierra 2007, como “...las contrataciones que realizan varias entidades en conjunto, con el fin de lograr mejores precios y mejores condiciones que las que se obtendrían si cada entidad comprara de manera individual.” (p.1).

Es de anotar, que gran parte de los deberes funcionales en esta etapa previa, se fundamentan en el contenido del **artículo 25, numerales 7 y 12 del EGCAP** (modificado este último por el **artículo 87 de la ley 1474 de 2011**), los que en desarrollo del principio de economía demandan del operador jurídico el análisis sobre la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, las autorizaciones y aprobaciones para ello, la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos²⁰, y los pliegos de condiciones, bajo el concepto de “maduración del proyecto”, obligaciones legales que deben surtir de manera previa 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.

Por recomendación de Colombia Compra Eficiente, contenida en la “Guía para la Elaboración de Estudios del Sector”, el examen previo a la contratación, debe incorporar entre otros, aspectos como cifras totales de ventas; perspectivas de crecimiento, inversión y ventas; variables económicas que afectan el sector como inflación, variación del SMMLV y la tasa de cambio; materias primas necesarias para la producción y la variación de sus precios, información que recolectada y examinada permitirá a la entidad contratante, conocer y establecer los elementos y dinámicas asociadas al mercado del bien, obra o servicio, que sean relevantes en el proceso de contratación **y que le permita entre otros propósitos, contar con insumos para estimar razonablemente el precio del contrato.** (p.5).

¹⁹ Decreto 1082 de 2015, publicado en el Diario Oficial el 26 de mayo de 2015.

²⁰ Para Escobar (2000) “...antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación, la entidad contratante debe realizar una serie de estudios de distinta índole, con el objeto de determinar la conveniencia y viabilidad del contrato proyectado y las condiciones del mismo”, actividades que comporta la fase precontractual.

A su vez, el pliego de condiciones, elaborado con base en los estudios y documentos previos, establece las reglas del proceso licitatorio y del contrato mismo, en las que se deben contemplar las condiciones, técnicas, **económicas y financieras** que lo regirán durante su desarrollo y hasta su terminación, según lo dispone el **artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015**.

De conformidad con todo lo anterior, según lo propuesto, he delineado con base en la normativa, un esquema de los principales deberes funcionales que atañen al operador jurídico, en aras de establecer y delimitar las actividades a las que se encuentra convocado legalmente en la etapa previa al contrato, relacionadas con el patrimonio público, como complementos eficientes del tipo que permitirán la integración, precisión y configuración de la falta, los que detallo en la tabla N° 1, contenida en el capítulo 4.1.

2.3. Participar en la Etapa Contractual

En la misma línea de desarrollo, es pertinente cuestionarnos, sobre ¿cuáles son los principales deberes funcionales que atañen al operador jurídico en la etapa denominada **contractual**, que se relacionan con el patrimonio público?

Cronológicamente, una vez formalizada la adjudicación²¹ del proceso de selección que da paso a la celebración del contrato, surge la fase contractual, en la que las partes acuerdan el objeto y las obligaciones que recíprocamente deberán cumplir en su ejecución, etapa que se prolonga hasta la finalización del plazo previsto.

Perfeccionado el negocio contractual, para su ejecución es deber, el contar con la aprobación de la garantía y con las disponibilidades presupuestales correspondientes (**artículo 23 de la Ley 1150 de 2007**), salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. (**Artículo 23 del Decreto 111 de 1996**)

Cumplidos los mandatos anteriores, el operador jurídico está obligado a conservar el equilibrio económico del contrato²², es decir, a mantener la conmutatividad entre prestaciones y derechos, y

²¹El acto de adjudicación implica el acuerdo de voluntades entre el proponente que ha presentado el ofrecimiento más ventajoso y la Administración Pública (González, 2004.p 69),

²² La ecuación económica del contrato, puede resultar alterada por factores exógenos a las partes, por el comportamiento del contratista y/o por actos o hechos de la entidad contratante, como cuando ("...") sin más no cumple con sus obligaciones, alterando con su conducta el equilibrio económico-financiero del contrato, abre el cauce a la responsabilidad contractual del Estado por hechos de la Administración". (Dromi, 1994. p.268)

en caso de romperse tal ecuación, por causas no imputables al contratista, deberá adoptar las medidas necesarias para recuperar la situación existente al momento de proponer o contratar. **(Artículo 27 y 28 del EGCAP)**

Ahora bien, la ejecución del contrato conlleva para el agente estatal, un deber funcional fundamental, la vigilancia permanentemente de la correcta ejecución del objeto contratado, en aras de proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción, tutelar la transparencia de la actividad contractual, a los que agrego dada su importancia, el de proteger los recursos públicos, control que se adelanta a través de un supervisor o un interventor, “según corresponda”. **(Artículo 83 Ley 1474 de 2011)**²³.

A su turno, la ejecución del contrato implica la necesidad de celebrar modificaciones, prorrogas, otrosíes, adiciones, las que se cobijan bajo la denominación de “mutabilidad de los contratos”, actividades contractuales que traigo a colación, en tanto son utilizadas irregularmente, en algunos casos, para esquilmar los recursos públicos del Estado, como se verá más adelante, en el capítulo 3.3.1. (Sobrepuestos)

Tales actividades deben ser excepcionales y justificadas, para corregir por ejemplo, las

(...) deficiencias en el clausulado pactado con anterioridad ya sea por la ocurrencia de circunstancias, condiciones o calidades no previstas por (i) negligencia de la actuación en la etapa preparatoria del proceso de negociación que arrojó como resultado la conveniencia y viabilidad de la ejecución del contrato; (ii) la manipulación de la información al respecto; o (iii) el desarrollo deficiente del objeto contractual que acarrear la necesidad de modificar los parámetros ideales de la ejecución del negocio jurídico. (Balcázar, 2012.p.37).

De conformidad con lo antes expresado, los principales deberes funcionales que determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa contractual, como complementos eficientes de la falta disciplinaria establecida en la primera parte del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se señalan en la tabla N° 2, en el capítulo 4.2.

2.4. Participar en la Etapa Post – Contractual

²³ Ver otros deberes funcionales en la etapa contractual, relacionados con el anticipo (N° 7° del Artículo 2.2.1.1.2.1.3 D.R.V; artículo 40 de la Ley 80 de 1993) y la remuneración del contratista (numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993).

En primer lugar, es menester precisar que, dado que nuestro marco de análisis se encuentra delimitado por la descripción que la ley hace de la falta objeto de estudio, es decir por el tipo disciplinario, éste no contempla como infracción disciplinaria, “participar” en detrimento del patrimonio público en la etapa post – contractual, circunstancia que sumada al carácter restrictivo de los tipos disciplinarios, conlleva a que tales conductas ocurridas en este periodo, no puedan ser objeto de reproche disciplinario, en virtud de la falta en estudio.

No obstante, en acápite posterior (3.4), nos referiremos a los comportamientos que pese a no estar comprendidos en la descripción de la citada falta, constituyen posible detrimento al patrimonio estatal, llamando la atención sobre su necesaria inclusión como falta disciplinaria.

A su turno, los principales deberes funcionales que determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa post contractual, como referentes normativos, se contienen en la tabla N° 3, en el capítulo 4.3.

3. El Detrimento al Patrimonio Público Como Elemento de Fondo de la Falta en Estudio

En la distinción, separación y precisión de los elementos de la falta bajo examen, como procedimiento de análisis, me ocuparé en los siguientes párrafos de la figura del detrimento al patrimonio público, como componente de fondo del tipo disciplinario.

3.1. Nociones, Elementos y Precisiones

En primer lugar, es menester en este itinerario, definir el concepto de patrimonio público²⁴. Este es,

El conjunto integral de bienes y fondos, cuyo régimen, tanto para su determinación como para su administración y manejo, se encuentra predeterminado en la constitución y las leyes de manera especial, e igualmente cumple con un papel finalístico en términos de gestión y servicio público.(Amaya, 2002. p.135)

Ahora bien, el daño al patrimonio del Estado o detrimento patrimonial público ha sido definido²⁵ por el artículo 6° de la ley 610 de 2000, como “...la lesión representada en el

²⁴ El concepto de patrimonio público, "...cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo". Colombia, Consejo de Estado (2011, junio). "Radicado número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)", C.P. Dr. Santofimio Gamboa J.O., Bogotá.

menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una **gestión fiscal** antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna...”.²⁶ (Resaltado fuera del texto original)

La citada “gestión fiscal” de la administración pública, es entendida como “el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado **que manejen o administren recursos o fondos públicos...**” (Artículo 3° de la ley 610 de 2000). Resaltado fuera del texto original.

Conforme con lo anterior, los servidores públicos y los particulares que en virtud de actos de gestión fiscal o con ocasión de esta, hubiesen causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, deberán responder fiscalmente²⁷.

No sucede así, cuando de configurar el daño al patrimonio del Estado se trata, desde la perspectiva disciplinaria, la cual no requiere que la actuación del servidor público sea necesariamente en ejercicio de gestión “fiscal”, posición que encuentra soporte en la descripción de la falta, la que siendo de carácter restrictivo, es decir, que no comprende más allá de lo expresamente establecido en el tipo, solo demanda para endilgar responsabilidad disciplinaria, la “participación” en la etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público.

Pero entonces, ¿cuál es el vínculo cierto entre los bienes estatales y el servidor público o el particular cualificado, que los hace destinatarios de la ley disciplinaria?

Para responder a tal interrogante, podemos utilizar como apoyo, a Flórez (2000), quien considera, que el vínculo existente entre los bienes y fondos estatales y el servidor público o en ciertos casos el particular, coloca a estos en una posición de garantes de ellos. (p.303), condición que demanda de ellos, acudir al cumplimiento de sus funciones o de sus obligaciones contractuales convencionales o legales, en salvaguarda del patrimonio estatal, (labores que deben desarrollar con

²⁵ "Por patrimonio público, en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos". Colombia, Corte Constitucional (1992, Agosto), "Sentencia C – 479", M. P. Hernández Galindo, J.G. y Martínez Caballero, Alejandro.

²⁶ Ley 610 de 200, publicada en el Diario Oficial 44.133 del 18 de agosto de 2000.

²⁷ Flórez (2000), considera, que el vínculo existente entre los bienes y fondos estatales y el servidor público o en ciertos casos el particular, coloca a estos en una posición de garantes de ellos. (p.303)

fundamento en las reglas sobre administración de bienes ajenos), cuyo desconocimiento o inobservancia, al generar deterioro al patrimonio del Estado, conllevará a un eventual reproche disciplinario.

3.2. Elementos y Comportamientos Relevantes en el Estudio del Detrimento al Patrimonio Público en la Etapa Precontractual

El precio se constituye en el elemento más importante desde el punto de vista económico del contrato, en la medida que establece la remuneración o contraprestación que deberá recibir el contratista por la ejecución del objeto contractual y que en numerosos casos es la base para endilgar responsabilidad disciplinaria por detrimento al patrimonio en la etapa precontractual.

3.2.1 El Precio.

Es el precio²⁸ un elemento esencial del contrato (**Artículo 1501 C.C**), en tanto constituye la contraprestación económica por la ejecución del objeto acordado y la obligación principal que asume la entidad frente al contratista (**Art. 41 Ley 80 de 1993**), concepto al que también se refiere el **EGCAP** en el **numeral 1° del artículo 5°** “De los Derechos y Deberes de los Contratistas” al expresar que estos “Tendrán derecho²⁹ a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de ella no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”

Ha sido interpretado por Palacio (1997) como un factor de selección y ponderación, que sumado a otros componentes determinarán la oferta más favorable para la entidad contratante, con la consecuente adjudicación del contrato. (p. 135-136).

Esta retribución debe corresponder al precio que tiene el bien o servicio objeto del contrato en el mercado³⁰, relación que al ser desconocida podría ocasionar, ya sea un infra precio, con el consecuente daño económico al contratista o un sobreprecio que conllevará un detrimento al patrimonio público, generado por una conducta antieconómica e ineficiente por parte de la

²⁸ El precio en términos económicos ha sido considerado por Lara (1982) como “el valor de un bien o servicio en términos monetarios” (p.520)

²⁹ Bustelo (2002) define el precio como el derecho fundamental que corresponde al contratista “de recibir la remuneración estipulada en su favor, como retribución por las contraprestaciones que se comprometió a ejecutar” (p. 587)

³⁰ (...) A diferencia del derecho privado, en el que (“...”) lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado. (p. 200)

administración y en ambos casos con un desequilibrio que juega en desmedro de alguna de las partes contratantes.

Así, el desconocimiento del precio razonable dictado por los estudios previos para la adquisición del bien o servicio, o lo que es peor, su alteración o manipulación, la que usualmente persigue elevar el monto del contrato para favorecer intereses particulares, generando un “sobreprecio”.

3.2.2. El Sobreprecio.

Podemos considerar que existe sobreprecio, cuando el valor acordado y remunerado por un bien, obra o servicio, sin ninguna causa, es superior al que normalmente se debió haber pagado en el mercado, dadas las condiciones de tiempo, modo y lugar del negocio contractual³¹.

Ese recargo, ha sido usualmente asociado con la corrupción en los contratos estatales, práctica que persigue el incremento en el valor del contrato, en aras de aumentar la utilidad del contratista y/o facilitar el pago ilícito de los valores acordados con los servidores públicos o particulares que intervienen en la dirección o gestión de la actividad contractual o en la planeación y/o selección del contratista.

Es oportuno preguntarnos, ¿Cuándo el sobreprecio en el contrato es irregular y eventual generador de responsabilidad en el sujeto activo, destinatario de la ley disciplinaria?

En aras de responder la inquietud planteada, resulta de especial utilidad lo expresado por Dávila (2003), quien considera que, “...el análisis del sobreprecio no debe limitarse tampoco a la comparación entre el valor comercial de las obras, bienes y servicios contratados y el fijado en el contrato, para deducir responsabilidad cuando no coincidan” (p.205), afirmación acertada, en tanto el valor “estimado” inicialmente, ha podido sufrir alteración por diversas circunstancias, que se relacionan generalmente con las condiciones de tiempo, modo o lugar propias de la ejecución del objeto del negocio contractual, como por ejemplo, hechos imprevistos³² a los que no se puede

³¹ Concepto afín con la definición del Diccionario de la Real Academia Española (2001), el que en su única acepción, lo describe como un “Recargo en el precio ordinario.” (Escobar1994. p.1411)

³² (...) existe una responsabilidad extendida de la administración frente al particular contratista, que consiste en que todos los riesgos imprevisibles deben ser asumidos por el Estado, mientras que los contratistas sólo asumirían los riesgos propios de la empresa...”.(Escobar,1998. p.518)

resistir, provenientes de la actividad del hombre o de la naturaleza, el acaecimiento de riesgos previsibles en mayor magnitud de la proyectada y en general circunstancias no imputables a las partes, que al cambiar modifican también el precio, acrecentándolo.

Encontramos que frente al precio o valor del contrato se pueden hacer diferentes interpretaciones que no necesariamente conllevan a la configuración de sobreprecios, pues si bien es cierto hay un incremento en el valor del contrato, puede deberse a diversas causas, con justificaciones legales y que no llamaríamos precio excesivo injustificado o sobreprecio. (Valdés, 2012, p.52)

Es pertinente anotar conforme al **artículo 1523 del Código Civil**, que existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, norma que en consonancia con lo dispuesto en los **artículos 28 y 29 del EGCAP**, establecen la necesaria equivalencia de prestaciones en el negocio contractual, en otras palabras, el respeto al principio legal fundamental de conmutatividad, cuyo desconocimiento a través del establecimiento de precios por encima de los del mercado acarreará la nulidad absoluta del contrato.

3.2.3. El Infra Precio.

La Ley 80 de 1993, no prevé en su regulación, una norma que de manera expresa determine el rechazo de la oferta por contener precios artificialmente bajos, pero se refiere a los mismos en el **numeral 6 del artículo 26**, el cual establece que “Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”.

Es así, como una vez determinado el valor estimado del contrato, producto del estudio de los precios de mercado, los proponentes pueden presentar respecto de estos, ofertas sustancialmente bajas, situación que ha sido entendida como un “infra precio”.

¿Cuándo el infra precio resulta violatorio del ordenamiento jurídico y deriva en reproche disciplinario para el agente estatal? El “precio es artificialmente bajo” cuando “resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial”. Colombia, Consejo de

Estado, (2008, junio), sección tercera, Rad. 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783). M.P. Guerrero de Escobar, M.

(...) esta norma descalifica el comportamiento de aquel oferente que con la intención de obtener la adjudicación en un proceso de selección decide ofrecer un precio que se encuentra por fuera de su propio interés, el cual, según lo preveía el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, corresponde a la obtención de la utilidad esperada. (Matallana, s.f, p.2)

A diferencia de la figura del sobreprecio, en donde el precio es establecido por la entidad, en este nuevo contexto, es el contratista quien pone en escena un precio, que por ser especialmente menor al del mercado, puede llegar a generar la adquisición de bienes o servicios de mala calidad, futuras reclamaciones del contratista que buscan el reajuste de precios y en el peor de los eventos la no ejecución del proyecto por la falta de los recursos suficientes para su cumplimiento.

Entonces, el precio que se dice artificialmente bajo, no lo es, por estar debajo o ser inferior al promedio del mercado sino por la imposibilidad del proponente de justificar objetivamente su monto.

La entidad no podrá considerar artificialmente baja una oferta o con infra precio cuando su valor corresponde a circunstancias objetivas del proponente que no ponen en riesgo el proceso ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso que se adjudique el contrato a dicho proponente. (Pino, 2010, p.17)

En conclusión es de advertir que, en caso alguno podrá ser admitida una justificación, si en ella, el precio es inferior al punto de no perdida del contratista.

3.2.4. La Garantía de Seriedad.

Corresponde al oferente en la etapa pre-contractual constituir garantía de seriedad de la oferta³³, salvaguardia definida por Reyes (s.f), como "...aquella que avala el pago de los perjuicios que le sean imputables a los oferentes en la etapa precontractual" (p.9).

La entidad estatal como persona de derecho público, posee un interés asegurable en el proceso de contratación y en la ejecución de la relación negocial, consistente en el patrimonio público, el

³³ La entidad estatal esta llamada luego de conocer e identificar los riesgos del proceso de contratación, a evaluar la exposición que representan para el cumplimiento de sus metas y objetivos, práctica con base en la cual establecerá las garantías que acorde con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato se requieran para mitigarlos. (Guía para el manejo de garantías en procesos de contratación, s.f, p.3.)

cual se encuentra expuesto a diversos riesgos, que de llegar a acaecer pueden resultar en su menoscabo directo o indirecto.

“...así, este interés se encuentra condicionado por la posibilidad de afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial cuando ocurra un siniestro y su requisito especial es su estimación pecuniaria” (López, 2004, p. 77-78).

Por tanto, como la garantía de seriedad de la oferta tiene por fin responder por el pago de los perjuicios que se generen a la administración, producto de las conductas de acción u omisión del contratista, el operador tiene la obligación legal de exigir su constitución y presentación dentro del término oportuno, es decir con la presentación de la oferta, y posterior a su recibo efectuar el estudio de la misma, la que debe encontrarse conforme a la cuantía y plazo previsto en el pliego de condiciones.

Así las cosas, el contratante del Estado que en el documento que contenga las reglas del proceso de contratación no exija la constitución y presentación de la garantía de seriedad, que una vez presentada la garantía, brinde aprobación a la misma sin que esta cumpla con la cuantía, vigencia y/o cobertura requeridas, o una vez aprobada deje expirar la vigencia de ellas sin solicitar al contratista su ampliación cuando esta se requiera, dejará expuesta a la administración frente a los posibles riesgos que puedan sobrevenir, conducta irregular susceptible de responsabilidad disciplinaria para el operador.

En las mismas circunstancias se verá encartado el destinatario de la ley disciplinaria, que debiendo adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las garantías a que hubiere lugar, omita tal deber, el que se encuentra legalmente contenido en el **numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80**, a cuyo tenor, las entidades “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”.

3.3. Elementos y Comportamientos Relevantes en el Estudio del Detrimento al Patrimonio Público en la Etapa Contractual³⁴

En la misma línea proyectada, estudiaré en este apartado algunos elementos y comportamientos, que a partir de la normativa que consagra los deberes funcionales, pueden producir daño al erario estatal, llamados a ocurrir en la etapa contractual, relacionados con los sobrepagos, la garantía de cumplimiento, la cláusula penal pecuniaria, las multas, el debido

³⁴ Etapa contractual definida, como “procedente del contrato o derivado de él” (Diccionario de la Real Academia Española, 2001.p. 432), fase en la que se perfecciona el acuerdo de voluntades, se ejecuta el objeto contractual por parte del contratista, y en general se cumple con las obligaciones pactadas en las condiciones, forma y plazos establecidos.

proceso y otras que he denominado actuaciones complementarias, en tanto obedecen a labores administrativas relacionadas con el contrato, como el pago de la remuneración acordada con el contratista y el giro del anticipo.

Entonces, es momento de ocuparnos de elementos y comportamientos principales que se suceden en la etapa contractual, que pueden contar con la capacidad de generar detrimento al patrimonio del Estado, como producto de la infracción a deberes funcionales, cuyo desconocimiento puede llegar a constituir falta disciplinaria gravísima con fundamento en la primera parte del artículo 48 – 31, a saber:

3.3.1. Sobreprecios.

Sea de precisar inicialmente, como el eventual sobreprecio no se presenta solamente en la etapa previa al contrato, sino que este se puede extender a la fase de ejecución. Entonces, es menester examinar ¿cómo pueden presentarse sobreprecios en la etapa contractual? Diremos que ello es posible a través de diferentes prácticas, como la adición del precio del contrato, la revisión y actualización de precios y la inclusión de nuevos ítems, veamos:

Conforme a la jurisprudencia³⁵, la adición debe sustentarse en la necesidad de incluir elementos indispensables y atados al logro de la finalidad que se persigue con el objeto del contrato, lo que dista en grado mayor de lo que acontece con esta figura en la práctica contractual, en donde es de común ocurrencia ver adiciones que ante la falta de tiempo para adelantar el proceso de selección del nuevo contratista que prestará el mismo objeto o uno similar, la administración ordena sin más, la adición y la prórroga, incurriendo en infracción del deber funcional de planeación.

En otros casos, tal manejo busca con la anuencia del operador contractual, el incremento en el precio final del contrato con una mayor utilidad para “repartir” con el contratista, desconociendo la normativa legal, y generando un menoscabo al patrimonio estatal, el que consecuentemente hará surgir para el sujeto activo, responsabilidad de orden disciplinario, sin perjuicio de la fiscal.

³⁵ Colombia, Consejo de Estado, (2006, enero), sección quinta, Rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761) M.P. Quiñones Pinilla, D.

Ahora bien, como se ha expresado, en desarrollo del principio de conmutatividad y en aplicación de lo dispuesto en el **artículo 27 del EGCAP**³⁶, el contrato estatal deberá mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, siguiendo el criterio “objetivo” de equilibrio y proporción entre el valor remunerado al contratista y la prestación efectuada por este.

Es de indicar, cómo en algunos casos, las disposiciones anotadas son aplicadas de manera irregular, en la medida que la revisión y actualización de precios es efectuada y concedida al contratista sin que existan circunstancias y argumentos ciertos y probados sobre la alteración de los mismos, que en forma anormal y extraordinaria atenten contra el principio de equilibrio económico del contrato, lo que conlleva detrimento al patrimonio estatal.

De igual forma, dado que la equivalencia de las prestaciones recíprocas y el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración, deben como ya se vio, mantenerse a lo largo de la ejecución contractual, la entidad incurrirá en infracción, si conocido un fenómeno o circunstancia que disminuya el valor de los materiales, equipos, mano de obra o cualquier otro elemento contemplado en el precio, no lo pone de presente pretendiendo el ajuste económico que a él corresponda, incumplimiento cuyo desconocimiento injustificado conllevará un posible menoscabo al patrimonio público y por ende una probable responsabilidad de orden disciplinario.

Ahora bien, es igualmente irregular, la no inclusión de manera “premeditada” de ciertos ítems en los pliegos de condiciones, los que posteriormente son incorporados en la ejecución del objeto contractual, actuación que no está cubierta por el imperativo legal de consulta de precios de mercado, ni por la competencia de otros oferentes y que por ende permite su agregación con mayor flexibilidad y un posible mayor valor, ocasionando un incremento en el precio final del contrato, con la consecuente ganancia para el contratista y la correspondiente pérdida dineraria para el capital estatal.

Entonces, podrá configurarse típicamente la falta en estudio, cuando los operadores contractuales incumpliendo su deber funcional, aprueben la adición del valor del contrato, sin darse los presupuestos facticos requeridos para ello; adelanten la revisión y actualización de

³⁶ complementada normativamente a través del numeral 1 del artículo 5 y el numeral 14 del artículo 25 del Estatuto Contractual.

precios en favor del contratista, sin que existan y se demuestren fenómenos que alteren el equilibrio económico o financiero del contrato; no reclamen para la administración el ajuste de precios, cuando el costo de cualquier elemento propio del objeto del contrato disminuya significativamente o incluyan de manera irregular nuevos ítems a la ejecución.

3.3.2. La Garantía de Cumplimiento.

Para Díaz-Granados (1995), (“...”) las garantías brindan una protección a las entidades públicas contra el riesgo de incumplimiento del contratista. (p.43), siendo la administración acreedora de las prestaciones pactadas, en la búsqueda del logro de sus fines.

El **numeral 19 del artículo 25 del EGCAP**, bajo el epígrafe “Del principio de economía”, usaba el término de “garantía única” para establecer como obligación del contratista su constitución, como aval que garantizara “el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato³⁷, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado”, norma derogada por el **artículo 32 de la Ley 1150 de 2007**.

A su turno, la **Ley 1150** en su **artículo 7** dispuso que “Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato”³⁸.

En la actualidad la normativa reglamentaria no hace referencia a una “garantía única” de cumplimiento, denominación que de por si no corresponde a las variadas clases de coberturas que la componen. El **artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015** prevé los riesgos que debe cubrir la “Garantía de cumplimiento”.

A su turno, el **numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993** “De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales” establece que las entidades “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”

Ahora bien, considerados los complementos normativos que configuran la falta disciplinaria en relación con la garantía de cumplimiento, digamos que el deber funcional del operador responsable de tal gestión se verá afectado, cuando:

³⁷ Con la Ley 225 de 1938, el Gobierno Nacional consagró como exigencia el seguro de cumplimiento en todos sus contratos, constituyéndose en una condición previa para la ejecución, dando inicio a la consagración de aquellas figuras que tienen por objeto garantizar “...la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato o de la ley”. (Penagos, 2005, p 26)

³⁸ De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que este sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual prevé ciertas reglas para la entidad estatal.

i) no exija la garantía de cumplimiento a través de cualquiera de las clases previstas por el **artículo 2.2.1.2.3.1.2** del DRV y por ende se ejecute el contrato sin la constitución de tales amparos ii) cuando presentada no sea aprobada iii) cuando presentada sea aprobada pese a no cumplir con las exigencias establecidas en los términos de referencia o en el pliego de condiciones respecto de su cuantía, vigencia o cobertura, o iv) deje expirar la vigencia de las garantías sin solicitar al contratista su ampliación, cuando esta sea necesaria.

Ahora bien, merece igual tratamiento e importancia el caso en el cual se exigieron las garantías, se presentaron oportunamente de conformidad con los requerimientos de la entidad contratante, se aprobaron debidamente, pero acaecido el siniestro el operador estatal no las hizo efectivas a través del trámite ordenado por la norma, es decir, por medio de acto administrativo en los casos de declaratoria de caducidad del contrato, imposición de multas o declaratoria de incumplimiento, en el que debía ordenar el pago al contratista y al garante.

Es de concluir que en los eventos considerados, nos encontraremos desde la tipicidad de la conducta, ante la posible incursión en el campo disciplinario por parte del responsable del deber funcional en cita, en tanto su incumplimiento total o parcial deja expuesta a la administración frente a diferentes riesgos que pueden originar lesión al patrimonio público, actuación irregular cuya responsabilidad se definirá en últimas a través del necesario análisis de la antijuridicidad, es decir, de la ilicitud sustancial del comportamiento desplegado por el actor, sumada al respetivo estudio de la culpabilidad.

3.3.3. La cláusula penal pecuniaria y las multas.

Para Arrubla (2008), por clausula penal³⁹ entendemos “...toda estipulación contractual, que previendo el incumplimiento de alguna de las partes establece una obligación accesoria la cual deberá pagar el contratante incumplido, a título de indemnización o de pena” (p. 177).

A su turno, el término “multa⁴⁰” se define en el Diccionario de Ciencias Jurídicas de Cabanellas, (2006) como la “sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad de dinero” (p. 600).

Es pertinente expresar que, previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado consideró como el Estatuto General de Contratación de la Administración no incluía

³⁹ El **artículo 1592 del Código Civil** preceptúa que la cláusula penal, es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

⁴⁰ Las multas “consisten en unas medidas que puede adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones” (Escobar, 1999. p.367).

regulación alguna sobre las multas y la cláusula penal pecuniaria (a diferencia del Decreto Ley 222, en donde se encontraban consagradas como cláusulas exorbitantes).

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 resolvió desde el punto de vista “legislativo” la posibilidad de la entidad de imponer y hacer efectivas, sin necesidad de acudir al juez, las multas y la cláusula penal, norma discutida por algún sector que considera que estas no hacen parte de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y por tanto deben regirse por el derecho común.

Sin duda, el tema no es pacífico como lo demuestra la postura expresada por Buitrago (2014), quien manifiesta que aceptar la competencia de la administración para imponer unilateralmente las multas contractuales y la cláusula penal pecuniaria,

(...) se constituye en una posición inconstitucional y violatoria del principio de legalidad, en la medida en que el estatuto contractual (ni sus reformas) NO ha determinado o calificado la cláusula penal pecuniaria y las multas como una sanción administrativa, pues tal y como lo hemos referido, tal estatuto guardó silencio y no reguló expresamente el tema. Bajo ésta óptica, la materia en términos contractuales NO tiene fundamento legal en la que se determinen las cláusulas en comento como una sanción administrativa. (p. 78 -79)

Coincidiendo con esta posición, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha previsto que, el principio de legalidad⁴¹ y de reserva legal, (“...) en lo que al derecho administrativo sancionador se refiere, establece el deber del legislador de **predeterminar la sanción** y, para lo cual, le corresponde indicar los aspectos relativos a su núcleo esencial...” Colombia, Corte Constitucional, (2015, julio), Sentencia C-412, M.P. Rojas Ríos A. (Negrilla fuera del texto original)

Actualmente, como ya se ha destacado, la facultad de imponer multas contractuales y la cláusula penal, se constituye en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y como tal su ejercicio debe ajustarse a los postulados del principio de legalidad, tal circunstancia, impone su consagración expresa, pues no puede ejercitarse una competencia sancionatoria desconociendo el principio de tipicidad de la sanción o lo que resulta aún más exótico, que las partes que las partes convengan, regulen y pacten el tipo de conducta sancionable y la sanción en el acuerdo negocial. (Buitrago, 2014. p.80)

⁴¹ La legalidad implica “nullum crimen nulla pena sine lege”, donde a partir de este presupuesto se desarrolla la garantía constitucional consagrada en el artículo 29.” (Hernández, 2012. p.68)

Sin perjuicio de lo anterior, la conducta omisiva del operador del Estado frente a su deber funcional, consistente en exigir y hacer efectiva la cláusula penal pactada por las partes a título de pena o valoración pre acordada de perjuicios, configurará desde el elemento típico, la falta disciplinaria gravísima objeto de estudio, en tanto con aquella, se generará detrimento al patrimonio del Estado al no recuperar o redimir el valor producto del daño generado por el incumplimiento del contratista.

3.3.4. Actuaciones con Ocasión del Contrato en Detrimento del Patrimonio Público.

El ordenamiento jurídico prevé deberes a cumplir con ocasión de la actividad contractual, los cuales podríamos denominar “complementarios o de gestión”, en tanto no constituyen el objeto del acuerdo, si no que se encuentran destinados a dar trámite a ciertas actividades de orden administrativo del contrato, como el pago de las cuentas, el pago del anticipo, la expedición del registro presupuestal, el ingreso de bienes al almacén etc.

Me referiré entonces a los dos primeros casos, de cara a establecer si del incumplimiento de tales deberes, surge responsabilidad disciplinaria, con base en la falta objeto de examen, así:

3.3.4.1. Pago de Intereses Moratorios.

Conforme con lo establecido en el **artículo 41 del EGCAP**, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleva a escrito, siendo esta última una retribución entregada al contratista por la realización del objeto, la cual constituye la primordial obligación de la entidad contratante frente al colaborador de la administración, quien goza del derecho a recibir “oportunamente” la remuneración pactada, **(Numeral 1 del artículo 5)**

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre tal incumplimiento, así:

La entidad pública que se sustrae de pagar oportunamente el valor pactado del contrato, o sea, la obligación dineraria principal a su cargo, está en el deber de reparar los perjuicios materiales causados a través de una indemnización integral que comprenda el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, a la tasa que convenida por las partes o, en defecto de estipulación expresa, a la tasa que fija la ley, los

cuales no necesitan prueba porque se presumen. Colombia, Consejo de Estado, (2010, abril), sección tercera, Rad.17214 M.P. Correa Palacio, R.S.

Entonces, el reconocimiento y cancelación de intereses moratorios procede, como consecuencia del retardo que surge de la conducta omisiva del servidor público competente (oficina de Tesorería)⁴², cuando contando con el presupuesto para actuar conforme a las obligaciones del contrato no lo hace, originando un quebranto o disminución en el patrimonio estatal, en la cuantía del valor del capital actualizado y de los intereses pagados por mora.

Conforme con lo anterior y teniendo en cuenta que, el agente del Estado se encuentra llamado en ejercicio de un deber funcional a cancelar oportunamente la remuneración pactada (**numeral 1 del artículo 5 del EGCAP**), fruto de la celebración de un contrato que reviste las características de bilateral, oneroso y conmutativo (**artículos 1496, 1497, 1498 Código Civil**), como lo es el de la administración pública, surgirá para este reproche disciplinario desde la óptica de lo típico, ante la ausencia, precariedad o inoportunidad en el pago correspondiente, que le sea imputable y que genere daño o perjuicio al patrimonio estatal, configurándose la falta disciplinaria objeto de inspección en el presente trabajo.

3.3.4.2. El Anticipo.

En esta breve observación de los deberes que hemos llamado complementarios o de gestión, que se presentan con ocasión de la actividad contractual, vayamos a la figura del anticipo, posibilidad legal de entregar al contratista un valor para ser destinado al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para dar comienzo al cumplimiento del objeto contractual, debiendo ser amortizado en la etapa de ejecución.

Para el efecto, (“...”) la administración debe prever presupuestalmente el anticipo para hacerlo efectivo, como se dispone en el contrato, pues condiciona la ejecución de los trabajos” (Lamprea, 2007. p.471), comentario disímil a lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según el cual “la circunstancia de que la entidad incumpla la obligación de entregar o transferir el anticipo al contratista, determina la responsabilidad contractual del incumplido, pero no exime al contratista de la obligación de ejecutar las obras a su cargo”.

⁴² Se entenderá por tesorería aquella dependencia del respectivo organismo que, independientemente de su denominación o ubicación dentro de la estructura administrativa interna, se encargue de cualquiera de las siguientes operaciones: el depósito, la disposición, la adquisición, el manejo, la custodia o en general la administración de dinero, de títulos y en general de valores. (Artículo 2 del Decreto 1182 de 2000)

Así las cosas y teniendo en cuenta que el anticipo es una especie de préstamo, cuyo propósito es financiar el inicio del objeto contractual, los dineros que lo conforman revisten el carácter de públicos, lo que en el orden legal impide que al ser recibidos, entren a formar parte del patrimonio del particular, razón por la cual su pérdida, menoscabo o deterioro constituye daño al patrimonio del Estado.

Entonces, estará en curso de la falta disciplinaria gravísima que nos ocupa, el operador que incumpliendo sus deberes funcionales, no gire oportunamente los recursos correspondientes, no exija la constitución de la fiducia o el patrimonio autónomo, o aquel que no efectué la amortización de los dineros girados por ese concepto, generando con su acción u omisión menoscabo en el erario estatal.

En similares circunstancias disciplinarias se encontrará el interventor, que una vez se requiera y constituya el mecanismo de garantía, no demande la presentación del plan de inversión del anticipo o no brinde aprobación al mismo, dejando su disposición y manejo al colaborador de la administración; autorice pagos que no se encuentren en el plan de utilización o de inversión del anticipo o autorice reembolsos al contratista sin que se haya acreditado el uso y destinación de los recursos, causando lesión al patrimonio del Estado y por ende configurando la falta disciplinaria en estudio.

3.4. Elementos y Comportamientos Relevantes en el Estudio del Detrimento al Patrimonio Público en la Etapa Post - Contractual

Como he tenido oportunidad de anotar, la descripción que la ley hace de la falta objeto de estudio, no contempla como infracción disciplinaria, participar en detrimento al patrimonio público en la etapa post – contractual.

No obstante, en mi concepto, en este periodo, pueden llegar a presentarse diversas conductas atentatorias del patrimonio estatal, ellas en su gran mayoría con ocasión de la liquidación del contrato, gestión a la cual me referiré a continuación, por considerar que puede ser un aporte propositivo al presente estudio.

3.4.1. La Liquidación.

El término “liquidar” se define en el Diccionario de la lengua española como “hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta” (p.892)

La liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico. (Hernández, s.f. p.1)

En voz de los **artículos 60 y 61 del EGCAP**, el tramite liquidatorio estaría llamado a realizarse, de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para ello o en su defecto dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Pero, ¿cuándo se entiende que surge el incumplimiento de la obligación de liquidar? de cara a establecer responsabilidad disciplinaria, ¿a los 4 meses, a los seis o a los dos años?

(“...”) Con el advenimiento de la ley 1150 de 2007, la responsabilidad del servidor público nace con el vencimiento de la oportunidad legal que el servidor tuvo para liquidar el contrato de las tres formas existentes (hasta 30 meses en caso de no haberse acordado en el pliego o términos de referencia), es decir, de común acuerdo, unilateralmente o por vía judicial. (Ferrer, 2008.p116 – 117)

Entonces, superados los dos años y seis meses como término para haber efectuado la liquidación del contrato sujeto de tal trámite, sin haberla practicado, el sujeto activo de la falta, se podrá ver en curso de la acción tendiente a establecer su responsabilidad disciplinaria por la omisión del deber funcional en comento.

Cuando el acto de liquidación es adelantado con posterioridad al vencimiento de los dos años reseñados, el operador estará actuando sin competencia, circunstancia que acarreará la nulidad del acto en cita, en tanto la decisión es adoptada por fuera del tiempo asignado por la ley para su expedición, con el consecuente incumplimiento de su deber funcional, ello en tratándose de contratos de tracto sucesivo o de aquellos que requieran de liquidación.

Ahora bien, cuando el acto de liquidación se lleva a cabo en oportunidad, pero en este se contemple el reconocimiento irregular de valores producto de prestaciones no ejecutadas o no realizadas en exceso de lo pactado o no debidas al contratista, conductas de las que se derive menoscabo al tesoro público, el agente estatal estará eventualmente en curso de la falta disciplinaria gravísima objeto de estudio.

Igualmente sucede cuando acepta 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.

Es de anotar, que encontrándose en trámite la cancelación del valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria o en caso de haber sido impuestas multas, pendientes de pago total o parcial, el acta de liquidación⁴³ deberá contemplar tales hechos, en tanto una vez surtido el proceso ordenado por ley para su imposición y ejecutoriado el acto administrativo que lo ordene, los valores adeudados, fruto de tales conceptos le son propios, y por tanto deberán exigirse y hacerse constar en el acto liquidatorio, de cara a cualquier reclamación presente o futura.

Es entonces deber funcional del operador de la administración, en ejercicio de su competencia para liquidar el contrato, adelantar en oportunidad todas las gestiones necesarias tendientes a la protección del patrimonio del Estado, negándose a incluir valores no debidos, ajustes no correspondientes a la ejecución contractual, incorporar el cobro de las multas o de la cláusula penal pecuniaria cuando esté pendiente su pago y en general de cualquier obligación no cumplida o por cumplir, así como a reclamar los costos que se hayan producido en su favor con posterioridad al trámite de liquidación, obligaciones legales que de ser inobservadas configuran la falta disciplinaria bajo examen.

3.4.2. Las Garantías Post Contractuales.

Una vez vencido el plazo de ejecución, en algunos contratos subsisten obligaciones por cumplir, relacionadas usualmente con el compromiso de garantizar la estabilidad de los trabajos realizados, el buen funcionamiento de los bienes entregados y/o la calidad del bien proporcionado o del servicio prestado.

⁴³ El acto de liquidación del contrato presta mérito para para (sic) su cobro coactivo y constituye un título ejecutivo siempre que en ella (sic) conste una obligación clara, expresa y exigible..." (Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación, s.f. p.10)

En armonía con lo anterior, es menester considerar que, las garantías post contractuales dan inicio a sus cubrimientos, una vez ejecutadas las obligaciones contractuales, circunstancia de la que se extrae la regla general, en virtud de la cual, no coexisten amparos de naturaleza contractual y post contractual.

La regla cuenta con una excepción, en la garantía de salarios y prestaciones sociales, la que ampara los antes citados riesgos, tanto en la etapa contractual como en la post contractual, en la que se extiende por espacio de tres años más al vencimiento del plazo del contrato. **(Numeral 4 del Artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1510 de 2013)**

De conformidad con lo dispuesto en el **numeral 5 ibídem**, los amparos de estabilidad y calidad de la obra, unificados por la Ley 1150 de 2007, cubren a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista, que por cualquier tipo de daño o deterioro, sufra la obra entregada.

A su vez, el **numeral 7 ibídem**, establece que la garantía de cumplimiento deberá amparar la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la administración en cumplimiento del contrato.

Por último, la calidad del bien entregado o del servicio prestado, es objeto de salvaguardia en el contrato del Estado, a través de la garantía correspondiente, la cual protege a la entidad pública por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del bien o servicio prestado **(Numeral 6 ibídem)**.

Conforme con la normativa antes descrita, complemento eficiente del tipo en estudio, configurará la falta disciplinaria desde la óptica de lo típico, aquellos comportamientos del operador contractual, que en relación con los amparos en estudio impliquen: i) no ordenar y exigir su constitución y presentación, ii) no adelantar su revisión y posterior aprobación, iii) brindar aprobación sin que cumplan con la cuantía, vigencia y/o cobertura requeridas, iv) no solicitar al contratista su ampliación cuando esta se requiera, y v) no adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las garantías a que hubiere lugar.

Cuando las citadas conductas deriven en daño o deterioro económico para el Estado, imputable al contratista, sufrido por los desperfectos de la obra entregada; la defectuosa calidad o las carencias en las especificaciones técnicas de los bienes o equipos proveídos; el incumplimiento de las normas técnicas determinadas para el bien o equipo; la insuficiencia y mala calidad de los

productos desarrollados con ocasión del contrato de consultoría o la deficiente calidad del servicio prestado, se configurará desde lo típico, responsabilidad disciplinaria con base en la falta objeto de la presente investigación, la que podrá llevar aparejada la sanción establecida en la Ley.

4. Complementos Normativos

4.1. Etapa Precontractual

Veamos en la siguiente tabla (1) la normativa que consagra los principales deberes funcionales que determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa precontractual, relacionados con un posible detrimento al patrimonio público, como complementos eficientes de la falta disciplinaria establecida en la primera parte del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Tabla 1. Deberes funcionales en la etapa pre contractual.

Etapa Precontractual					
	Ley 80/93	Ley 1150/07	Ley 1474/11	Decreto 019/12	Decreto 1082/15
De los principios	Artículos 23, 25-4-13-14-20, 26-1-2-4-6,	Artículo 13,			
Fines de la contratación estatal	Artículo 3	Artículo 5 Inciso 1			
Plan Anual de Adquisiciones					Artículos 2.2.1.1.1.4.1,
Documentos y estudios previos	Artículos 25 7, 26-3, 30-1,		Artículo 87		Artículos 2.2.1.1.2.1.1- 4-6-7, 2.2.1.1.2.1.3 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.2.1.3.2-3,

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

					2.2.1.2.1.4.1-3, 2.2.1.2.1.5.1-3-4 2.2.1.2.2.1.7, 2.2.2.1.4.4
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
Disponibilidades	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, 2.2.1.2.3.2.8

4.2. Etapa Contractual

La siguiente tabla (2) detalla la normativa que consagra los principales deberes funcionales que relacionados con un posible menoscabo al patrimonio estatal determinan la “participación” del operador jurídico en la etapa contractual, como complementos eficientes de la falta disciplinaria establecida en la primera parte del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Tabla 2. Deberes funcionales en la etapa contractual

Etapa Contractual					
	Ley 80/93	Ley 1150/07	Ley 1474/11	Decreto 019/12	Decreto 1082/15
Perfeccionamiento	Artículos		Artículo 94 –		2.2.1.1.2.3.1.

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

y ejecución	6, 26-4-6,		d)		
Anticipo	Artículo 40 parágrafo		Artículo 91		Artículos 2.2.1.1.2.1.3-7 2.2.1.1.2.4.1 2.2.1.2.3.1.7-1, 2.2.1.2.3.1.10
Garantías de cumplimiento y registro presupuestal	Artículo 4-2	Artículos 7 23	Artículo 85, parágrafo, Artículo 94 – d)	Artículo 6-1-2-3	Artículos 2.2.1.2.1.2.9 2.2.1.2.3.1.7, 2.2.1.2.3.1.2, 2.2.1.2.3.1.12, 2.2.1.1.2.3.1
Ejecución y equilibrio económico	Artículos 4-3-8, 5-1, 14-1 inciso 2, 25-13, 27, 5 - 1, 25 - 14				
Remuneración (precio) y pagos	Artículos 5 – 1, 4, 25 -14-20, 27 Inc. 2, 32-4, 40- paragrafo, 48,	Artículos 2 - e), 5- 3- 4, 19, 23	Artículos 88- a) - b), 94 - c), 118-b),	Artículo 10	Artículos 2.2.1.1.2.2.2-a)-b)-4, 2.2.1.1.2.3.1. 2.2.1.2.1.1.1 – inciso 6, 2.2.1.2.1.2.1-2, 2.2.1.2.1.2.4. 2.2.1.2.1.5.2-4-6- 2.2.1.2.1.5.3-

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

					1b) 2.2.1.2.1.5.3-2, 2.2.1.2.2.1.9 -1 2.2.1.2.2.2.1, 2.2.1.2.2.3.2 2.2.2.1.4.5 2.2.2.1.5.6.- 4.2
Reformas y adición del contrato	Artículos 4 -3, 40 parágrafo	Artículo 40			
La mora	Artículos 4-1, 25 – 14				
Dirección y vigilancia de la ejecución	Artículos 26- 1,5,8, 32-1-2		Artículos 5,82,83,84,85		Artículos 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 – cobro de sanciones	Artículo 4-2	Artículo 17	Artículo 86		Artículos 2.2.1.1.1.5.7. 2.2.1.2.3.1.7- 3.4
Actualización o revisión de los precios	Artículo 4-3-7,				Artículo 4-7
Revisiones de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes	Artículo 4-4				

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

suministrados					
Calidad de los bienes y servicios adquiridos	Artículos 4-4-5, 5-2-4, 26-8, 31-5-C)				
Indemnización de los daños	Artículo 4-6-7,				

4.3. Etapa Post Contractual

En la siguiente tabla (3) la normativa que consagra los principales deberes funcionales que se relacionan con una posible disminución del erario público en la etapa post contractual, que como complemento normativo permiten precisar el tipo, a saber:

Tabla 3. Deberes funcionales en la etapa post contractual.

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

4.4. Normativa General Aplicable

Tabla 4. Normativa general aplicable

El Detrimento al Patrimonio Público Como Falta Disciplinaria Gravísima

Normativa General Aplicable	
Daño al patrimonio	ley 610/00: Artículo 6, Constitución Política: Artículo 90, Ley 80/93: Artículo 50, Código Civil; Artículo 2060-2,
Administración de bienes ajenos	Ley 80/93: Artículo 26 – 4. Código Civil: Artículos 63, 104 y 2155
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
El mérito ejecutivo (liquidación)	Ley 1437/11: Artículo 99 -3, 297-3
Recursos en la actividad del contrato	Ley 80 de 1993: Artículo 77, Ley 1437/11: Artículo 141, 161-1
Los riesgos	Conpes 3714, 2011,
Afectación apropiaciones presupuestales	Decreto 111/96: artículo 71
Responsabilidad por violación de normas presupuestales	Decreto 111/96: Artículo 71
Tratamiento presupuestal de procesos de selección en trámite.	Decreto 1957 de 2007: Artículo 3
Responsabilidad por actuaciones y omisiones antijurídicas	Ley 80/93: Artículo 26 – 2
De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores	Ley 1474 de 201: Artículo 82
Interpretación de las reglas contractuales	Ley 80/93: Artículo 28
Interpretación de las actuaciones y procedimientos administrativas	Ley 1437/11: Artículo 3

5. Conclusiones

La normativa que regula el manejo y la administración de recursos o fondos públicos en la actividad del contrato, permite contar con los complementos idóneos para precisar el tipo y por tanto configurar la falta, dando respuesta afirmativa al problema jurídico planteado y confirmando la hipótesis principal.

En cada una de las etapas del trámite contractual participa un número considerable de sujetos, de diferentes profesiones, áreas, especialidades y niveles jerárquicos, en cumplimiento de distintos deberes funcionales, lo que conlleva un sinnúmero de posibles conductas infractoras de la ley, circunstancia que hace materialmente imposible una descripción completa, precisa y detallada de cada caso por parte de la ley o el reglamento, lo que justifica la consagración de la falta en estudio a través del sistema de tipos abiertos.

Tal técnica legislativa, si bien de recibo y aplicación legal, deja un amplio espacio a la determinación e interpretación normativa de los elementos que complementan el tipo disciplinario, circunstancia que hace difícil para el operador, la concreción o materialización del hecho investigado frente a la conducta típica y que paralelamente tiñe al disciplinado, de inseguridad e incertidumbre sobre su situación y eventual sanción.

A su vez, la imparcialidad en el desarrollo del proceso disciplinario **no** se encuentra garantizada, en tanto las labores de investigación, instrucción, juzgamiento y fallo, se encuentran en unas únicas manos, las del operador disciplinario, circunstancia que no permite la realización diferenciada de los roles de acusación y juzgamiento, lo que conlleva, como lo ha expresado la doctrina, a que éste, sea juez y parte, o mejor, “juez de su propia causa”, entorno poco garantista para el disciplinado en el desarrollo del proceso, en tanto el encargado de estructurar la imputación, en la práctica se convierte generalmente, en su defensor.

Tal falencia no es mitigada por la obligación contenida en el artículo 129 del CDU, conforme a la cual, el operador está llamado a buscar la verdad real, para lo cual, investigará con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad, razón por la cual en mi concepto, es pertinente generar una modificación legal que permita, a semejanza del derecho penal, adelantar de manera separada y por supuesto por

instancias distintas, las etapas de acusación y juzgamiento, brindando con ello, auténticas garantías al encartado.

La descripción general que la ley hace de la falta en reflexión, en los términos de participar en la etapa precontractual o contractual en detrimento del patrimonio público, sin hacer otra precisión sobre algún otro aspecto o sobre su alcance, resulta en un gran vacío, que priva de la comprensión del concepto “participar”, así como de la forma en que tal actuación se presenta en la actividad del contrato, de cara a la configuración típica de la falta.

Por ello, es menester expresar, que el servidor público o el particular en los casos establecidos en la ley, “toma parte” en las actividades de la gestión del contrato, a través de la actuación que surte en cumplimiento de sus obligaciones legales, convencionales o contractuales, intervención que esta llamada a acontecer en las diversas etapas del íter contractual, como son la precontractual, la contractual y la post - contractual.

Se ha sostenido que la etapa precontractual inicia con el adelanto de los estudios necesarios, suficientes y completos, que permiten determinar la viabilidad económica y técnica del contrato proyectado, bajo el concepto de “maduración del proyecto”, tesis que no comparto, en tanto considero que, la citada fase, realmente comienza con la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones – PAA⁴⁴, en el que se identifican, registran, programan y divulgan las necesidades de bienes, obras y servicios de las entidades y se diseñan por ejemplo, estrategias de contratación basadas en agregación de la demanda que permiten incrementar la eficiencia del proceso de contratación.

Cuando se presenta daño en el patrimonio del Estado, por la lesión representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, la imputación recaerá sobre el sujeto disciplinable, con fundamento en la condición de **garante** que tiene este, respecto de los bienes e intereses patrimoniales estatales, vínculo cierto que lo hace destinatario de la ley disciplinaria.

Cuando se trata de configurar la falta por daño al erario público desde la perspectiva disciplinaria, ésta a diferencia de la fiscal, no requiere que la actuación del servidor público sea en

⁴⁴ Ver, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (s.f), Guía para elaborar el plan anual de adquisiciones

ejercicio de “gestión fiscal”, posición que encuentra soporte en la descripción típica de la falta, la que solo demanda para endilgar responsabilidad disciplinaria, la “participación” en la etapa precontractual o en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, con ocasión del desconocimiento de deberes funcionales.

El estudio efectuado, me permitió reconocer comportamientos que acontecen en cada una de las etapas del contrato, a partir del examen y determinación de las normas (ver tablas 1, 2, y 3), que al regular la administración y manejo de los recursos públicos, establecen deberes funcionales, que son complemento eficiente del tipo, los que al ser inobservados, generan posible daño al patrimonio público, configurando la falta en examen.

Los comportamientos en comento, que dan lugar a la configuración típica de la falta en la etapa precontractual, son los siguientes:

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; la falta o insuficiencia en las especificaciones del objeto a contratar; 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 de las certificaciones, permisos y licencias requeridas para la ejecución del contrato; 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; deficiencias en el análisis del riesgo; la falta de objetividad en aplicación de los factores de evaluación; la adjudicación solo con base en el factor precio; la adjudicación del contrato al oferente que presente propuesta por debajo del punto de pérdida. (López, 2017.p.98, 99)

El daño al patrimonio público, encuentra en la **etapa precontractual**, elementos y comportamientos relevantes, que se relacionan con el precio, el sobre precio, el infra precio y la garantía de seriedad, componentes cuyo manejo en el trámite del contrato, pueden producir eventualmente daño al patrimonio estatal, configurando la falta objeto de observación.

Es el precio un elemento esencial del contrato (artículo 1501 C.C); un factor de selección y ponderación, que sumado a otros componentes determinarán la oferta más favorable y el derecho fundamental que corresponde al contratista de recibir la remuneración estipulada en su favor. (Artículo 5° de la Ley 1150 de 2007)

La determinación del “valor estimado del contrato y la justificación del mismo”, como deber funcional del operador jurídico en la etapa pre contractual, posee una relación directa con el potencial detrimento al peculio público, razón por la cual, el precio y los fenómenos que se derivan de él, gozan de especial relevancia en el proceso de contratación.

El valor y el precio del contrato no son conceptos equivalentes, mientras el primero es el cumplimiento del cometido estatal que resuelve o satisface la necesidad planteada con la contratación, el precio es la contraprestación entregada al colaborador de la administración, como retribución a la realización del objeto.

La norma debería referirse a la remuneración del contratista con el término “precio”, en tanto, es este el que corresponde a la contraprestación resultante de haber entregado una cosa o prestado un servicio, que dicho sea de paso, en los contratos del Estado debe ser equivalente a lo recibido.

En el derecho de los contratos, si pasado por el tamiz de las condiciones de tiempo, modo y lugar del negocio contractual, no existe justificación de un precio superior al del mercado del bien, obra o servicio a contratar, estaremos seguramente frente a la figura del sobreprecio, el que configurará un potencial menoscabo al patrimonio estatal, con la seguida responsabilidad disciplinaria para el infractor de la ley.

El infra precio o precio que se dice artificialmente bajo, no lo es, por estar debajo o ser inferior al promedio del mercado sino por la imposibilidad del proponente de justificar objetivamente su monto.

Cuando la retribución del contratista no corresponde al precio que tiene el bien o servicio objeto del contrato en el mercado, se configurará la falta disciplinaria en estudio, en tanto, podría ocasionarse, ya sea un infra precio, con el consecuente daño económico al contratista o un sobreprecio que conllevará un detrimento al patrimonio público, generado por una conducta antieconómica e ineficiente por parte de la administración y en ambos casos un desequilibrio que juega en desmedro de alguna de las partes contratantes.

Se configura la falta en observación, cuando el agente del Estado no exige la constitución y presentación de la garantía de seriedad; brinda aprobación a la misma sin que esta cumpla con la cuantía, vigencia y/o cobertura requeridas; deje expirar la vigencia de ellas sin solicitar al

contratista su ampliación cuando esta se requiera o no adelante las gestiones necesarias para su reconocimiento y cobro cuando a ello hubiere lugar.

A su vez, en la **etapa contractual**, las conductas advertidas como transgresoras de deberes funcionales, que consecuentemente configuran la falta disciplinaria desde lo típico, por ser atentatorias del patrimonio estatal, se expresan enseguida:

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; 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 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 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 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. (López, 2017.p.100, 101)

Son relevantes por su potencialidad para producir daño al erario estatal, aquellas conductas llamadas a ocurrir en la **etapa contractual**, relacionadas con sobreprecios, garantía de cumplimiento, cláusula penal pecuniaria, multas, debido proceso y otras que he denominado actuaciones complementarias, en tanto obedecen a labores administrativas relacionadas con el contrato, como el pago de la remuneración acordada con el contratista y el giro del anticipo.

Pueden presentarse sobreprecios en la etapa contractual, a través de prácticas, como la adición del precio del contrato, la revisión y actualización de precios y la inclusión de nuevos ítems.

Se configura la falta cuando se hace adición del contrato, por razones distintas a 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 la finalidad que con él se pretende satisfacer.

La revisión y actualización de precios es efectuada y concedida al contratista sin que existan circunstancias y argumentos ciertos y probados sobre la alteración de los mismos, que en forma anormal y extraordinaria atenten contra el principio de equilibrio económico del contrato, lo que conlleva detrimento al patrimonio estatal y la configuración típica de la falta.

La no inclusión de manera premeditada de ciertos ítems en los pliegos de condiciones, los que posteriormente son incorporados en la ejecución del objeto contractual, actuación que no está cubierta por el imperativo legal de consulta de precios de mercado, ni por la competencia de otros oferentes y que por ende permite su agregación con mayor flexibilidad y un posible mayor valor, ocasionando un incremento en el precio final del contrato, con la consecuente ganancia para el contratista y la correspondiente pérdida dineraria para el capital estatal, podrá constituir falta disciplinaria.

Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo conforme a la ley, interés que en el caso estatal es el patrimonio público, el cual se encuentra expuesto en virtud del contrato, a diversos riesgos que de llegar a acaecer pueden resultar en su menoscabo directo o indirecto.

El deber funcional frente a la garantía de cumplimiento, se verá afectado cuando el operador: i) no exija la garantía de cumplimiento ii) cuando presentada no sea aprobada o improbada iii) presentada sea aprobada pese a no cumplir con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones respecto de su cuantía, vigencia o cobertura, o iv) deje expirar la vigencia de las garantías sin solicitar al contratista su ampliación, cuando esta sea necesaria. v) acaecido el riesgo no adelante la solicitud y cobro de los valores que correspondan.

La conducta omisiva del operador del Estado frente a su deber funcional, consistente en exigir y hacer efectiva la cláusula penal pactada por las partes a título de pena o valoración pre acordada de perjuicios, configurará la falta disciplinaria gravísima objeto de estudio, en tanto con aquella, generará detrimento al patrimonio del Estado al no recuperar o redimir el valor producto del daño generado por el incumplimiento del contratista.

Cuando contando con el presupuesto para actuar conforme a las obligaciones del contrato, se deban reconocer y cancelar intereses moratorios como consecuencia del retardo que surge de la conducta omisiva del agente estatal, se origina un quebranto o disminución en el patrimonio público, en la cuantía del valor del capital actualizado y de los intereses pagados por mora, configurándose la falta disciplinaria bajo examen.

La omisión del operador respecto del deber funcional, de exigir la constitución de la fiducia, o el patrimonio autónomo, para salvaguardar los dineros girados como anticipo, o de efectuar la amortización de los dineros girados por ese concepto, o el supervisor o interventor que autorice pagos que no se encuentren en el plan de utilización o de inversión del anticipo o apruebe reembolsos al contratista sin que se haya acreditado el uso y destinación de los recursos, configurará potencialmente la falta disciplinaria en comentario.

La descripción de la falta en examen no contempla como falta, la participación en la **etapa post contractual** con menoscabo del erario público, pese a las posibilidades ciertas de daño, como producto de la inobservancia de las obligaciones funcionales propias de tal etapa, lesión que se

presenta usualmente con ocasión de la liquidación del contrato y de la ineficiente vigilancia y manejo de las garantías posteriores al plazo de ejecución.

Ejemplo de ello, son las siguientes conductas:

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. (López, 2017.p.102)

Las citadas actuaciones y omisiones, advierten que la consagración de la falta es insuficiente frente a la realidad que regula, en tanto en esta etapa de balance y cuentas de la ejecución del contrato, son múltiples los deberes funcionales de orden legal, asignados al operador jurídico contractual, y por tanto diversos los posibles comportamientos que potencialmente podrían generar lesión o menoscabo al patrimonio estatal, los cuales no se encuentran recogidos por el tipo.

Sea entonces conforme con lo anterior, proponer una modificación legal que permita ejercer el control disciplinario sobre los operadores jurídicos, en todos los casos de infracción de los deberes funcionales contractuales a ellos asignados en la etapa post contractual, cuando con ella se afecte el erario público.

Son elementos y comportamientos relevantes en el estudio del detrimento al patrimonio público en la etapa post – contractual, los siguientes:

La falta de liquidación del contrato de tracto sucesivo o de los que la requieran, entendidos como aquellos que hayan tenido conflictos, contratiempos o problemas en su ejecución.

Cuando el acto de liquidación es adelantado con posterioridad al vencimiento de los dos años de plazo establecidos por la ley, el operador estará actuando sin competencia (temporal), circunstancia que acarreará la nulidad del acto en cita, en tanto la decisión es adoptada por fuera del tiempo asignado por la ley para su expedición, con el consecuente incumplimiento de su deber funcional. (Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007)

Cuando el acto de liquidación se lleva a cabo en el plazo dispuesto por la norma, pero en este se contempla el reconocimiento irregular de valores producto de prestaciones no ejecutadas o no realizadas en exceso de lo pactado o no debidas al contratista.

En caso de haber sido impuestas multas, pendientes de pago total o parcial, o encontrándose en trámite la cancelación del valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, como previa estimación de perjuicios sufridos por la entidad, el acta de liquidación deberá contemplarlos, en tanto una vez surtido el proceso ordenado por ley para su imposición y ejecutoriado el acto administrativo que lo ordene, tales valores le son propios y por tanto deben exigirse y hacerse constar en el acto liquidatorio, de cara a la reclamación presente o futura.

Así las cosas, el sujeto cualificado destinatario del derecho disciplinario, está en el imperativo legal de dejar constancia en el acta de liquidación, de las obligaciones que se encuentren pendientes a cargo del contratista, en salvaguarda del patrimonio del Estado, dado que la ausencia de tales salvedades en el documento liquidatorio bilateral hará presumir que se han cumplido conforme a lo pactado, surgiendo con ello, posible lesión al erario público.

La entidad contratante puede llegar a reclamar valores con posterioridad a la liquidación contractual, siempre que al momento de la misma no se hubiesen producido los hechos que les dan origen, es decir, que las circunstancias generadoras de tales costos hayan acontecido después del acto liquidatorio.

Posterior al acto de liquidación, el operador jurídico tiene por deber funcional, hacer seguimiento a la estabilidad y calidad de la obra, a la calidad del servicio y a la calidad y correcto funcionamiento de los bienes recibidos, de cara a hacer efectivas las pólizas en caso del acaecimiento de los riesgos que dan lugar a ello, desconocimiento que dará lugar a un posible menoscabo al patrimonio estatal.

La falta objeto de estudio se configura cuando en el proceso obren las pruebas suficientes que demuestren: (i) la participación dolosa o culposa en la etapa precontractual o en la actividad contractual por parte de los sujetos activos destinatarios de la ley, (ii) la certeza sobre la existencia de detrimento patrimonial público y (iii) la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el detrimento producido al erario.

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto (2002). *Teoría de la responsabilidad fiscal* (1ª ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

APONTE DÍAZ, Iirana (2014). *Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*, en Revista Digital de Derecho Administrativo número 11. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (2008). *Contratos mercantiles – teoría general del negocio mercantil*. (12 ed.), Tomo I, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE.

BALCÁZAR MORENO, Ana Beatriz, (2012). *La Supervisión de los Contratos Estatales en las Entidades Autónomas del Nivel Nacional de la Administración Pública*. (Trabajo de tesis maestría en Derecho Administrativo) Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

BRICEÑO SOTO, German Enrique, CUENTAS José Luis (2011). *Relaciones especiales de sujeción*. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3575/2/BricenoSotoGermanEnrique2011.pdf> Universidad Militar Nueva Granada

BUITRAGO VARGAS, Yohan Manuel (2014). *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial*. (Trabajo para optar por el título de Magister en Derecho), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C

BUSTELO, Ernesto (2002). *Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio en contratos administrativos*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis.

BUSTAMANTE, José Luis (2011) *La Tipicidad*. Recuperado de <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/12-la-tipicidad.html>

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (2006). *Diccionario de ciencias jurídicas*. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L.

CARNELUTTI, Francesco (1971). *Derecho procesal civil y penal*. Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (s.f), *Guía para elaborar el plan anual de adquisiciones*. Recuperado de <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/manualpaa.pdf>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (s.f), *Guía para el manejo de garantías en procesos de contratación*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20141215_guiagarantiasversionpublicaciondiciembre15.pdf

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, (s.f). *Guía para la elaboración de estudios de sector*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, (s.f). *Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_para_la_liquidacion_de_los_procesos_de_contratacion_v2.pdf

CONTRERAS GÓMEZ, Daniel (1986). *El período precontractual en el derecho privado colombiano*. (Tesis de Grado), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Oficina de Publicaciones.

CRUZ PATIÑO, Fernando (2007). *Derecho disciplinario práctico*. Colección libros de texto, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, Editorial EDUEC.

CUELLAR CRUZ, María Lorena (2010). *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos, aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*. Bogotá, Publicultural S.A.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (2ª ed.). Bogotá, Legis S.A.

DAZA PÉREZ, Mario Felipe (s.f). *La naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente?* Revista Actualidad Jurídica, (ed. 3 y 4), Universidad del Norte, Barranquilla.

DROMI, José Roberto. (1994). *Derecho Administrativo*. Tercera Edición, Buenos Aires,. Ediciones Ciudad Argentina.

ESCOBAR GIL, Rodrigo (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. (1ª ed.), Bogotá, Legis Editores S.A.

ESCOBAR GIL, Rodrigo (1998). *La Responsabilidad contractual de la Administración pública*. Bogotá, Editorial Temis.

ESCOBAR HENRIQUEZ, Álvaro (2000). *El contrato estatal de obra*. Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez.

ESCOBAR SANÍN, Gabriel, (1994). *Negocios civiles y comerciales*, tomo II Contratos. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos (2004). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español (1ª reimpresión)*, Bogotá, Panamericana Formas e Impresos S.A.

FLOREZ RAMIREZ, Alfredo Enrique (2000). *El proceso de responsabilidad Fiscal en la Ley 610 de 2000*. Revista Universitas (N.100), Universidad Javeriana.

GALVIS M, CÁCERES D (2011,) *Responsabilidad disciplinaria frente a la contratación estatal*. (Tesis de especialización Derecho Sancionatorio), Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2006). *Ilícitud Sustancial*. Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios del Ministerio Público, volumen 1, obra colectiva, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2007). *Dogmática del derecho disciplinario*. (4º ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2009). *Problemas centrales del derecho disciplinario*. Volumen 1, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel (2004). *El contencioso contractual*, (4º ed.). Universidad Libre.

HERNÁNDEZ, Aida Patricia (s.f). *La liquidación del contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia.

Recuperado

de

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/2597/2236>

HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso (2007). *Acepciones constitucionales de la expresión función pública*. Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios del Ministerio Público, volumen 4, obra colectiva, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

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

LARA, José Manuel, (1982). *Economía Planeta* – Diccionario enciclopédico, (1ª ed.). Barcelona, Editorial Planeta.

LECOMPTE, María Bernarda (2008). *Sanción Disciplinaria*. Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios del Ministerio Público, volumen 10, obra colectiva, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.

LÓPEZ AMADOR, Alberto (2017). *La responsabilidad disciplinaria motivada en el desconocimiento de los principios que rigen la actividad contractual del Estado*. Artículo para optar el título de Magister en Derecho Contractual Público y Privado, Universidad Santo Tomás.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2004). *Comentarios al contrato de seguro*, (4º ed.). Bogotá, Dupre Editores.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto (s.f). *Criterio para determinar el concepto de propuesta artificialmente baja*. Recuperado de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/2595-8611-1-PB.pdf>

ORGANISTA Z, DUQUE L (s.f). *Cartilla Disciplinaria Dirección Distrital de Asuntos Disciplinarios*. Bogotá, Imprenta Distrital.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel (1997). *La Contratación de las entidades estatales*, (1ª ed.). Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

PENAGOS, BOTERO, Andrea (2005). *El Seguro de cumplimiento en la contratación administrativa*. (Trabajo de pregrado), Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, D.C.

PINO RICCI, Jorge (2010). *Cartillas de administración pública*, contratación estatal, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá.

QUIÑONES HERNÁNDEZ, Gustavo Adolfo (2002). *Proceso jurisdiccional disciplinario*. (Artículo para optar al título de Magister con énfasis en derecho administrativo), Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/123456789/2563/TRABAJO%20DE%20GRADO%20DE%20GUSTAVO%20ADOLFO%20QUI%C3%91ONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando (2011). *Faltas disciplinarias aplicables a los docentes universitarios en Colombia*. Obra colectiva, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española*, (22 Ed.) Madrid, Editorial Rotapapel S.L.

REYES YUNIS, Laura (s.f). *El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales*. Fasecolda, Bogotá, Offset gráfico.

ROA SALGUERO, David Alonso, FERRER LEAL, Héctor Enrique (2008). *La Falta disciplinaria en la contratación estatal*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar (1995). *Constitución, derechos humanos y proceso penal*. Tomo I Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

SALVATIERRA RODRIGUEZ, Luis (2007). *Compras corporativas*. Blog de MBA CPC, El tiempo de todos. Recuperado de <http://luisalvat.blogspot.com.co/2007/05/compras-corporativas.html>