

EL ESTADO DEL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DEL CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Bryan Alexis Forero Mendoza**

Resumen. El presente artículo pretende analizar los conocimientos adquiridos en el diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Por lo cual, se realizó un estudio normativo crítico de las últimas reformas legales en la materia contencioso administrativo, del control fiscal y disciplinario contractual en Colombia. A partir de esto, se logró identificar sus aciertos y debilidades en materia de aplicación directa; permitiendo que se realizarán análisis críticos puntuales tanto de implementación como de aplicación normativa en el devenir diario de las entidades públicas, usuarios de la administración, servidores públicos y comunidad en general.

Palabras claves. Procedimiento Administrativo, Control Fiscal, Responsabilidad Disciplinaria, Contratación estatal.

*Artículo de reflexión derivado del informe de investigación denominado “EL ESTADO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, DE CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA”, como alternativa de grado para la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás de Aquino-Tunja.

**Estudiante de especialización en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás de Aquino-Tunja, Profesional en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, actualmente funcionario público del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena en la Oficina de control Interno Disciplinario Dirección General. Correo electrónico: bryanforero144@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

El derecho contencioso administrativo actualmente en Colombia opera bajo el marco legal normativo establecido en la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021. Esta última siendo un paso importante en la búsqueda de la celeridad judicial administrativa y la implementación de la virtualidad judicial tan de moda y necesaria en los tiempos pandémicos que estamos viviendo (Cabe anotar que estas modificaciones en gran parte se introducen habida cuenta de la aplicación exitosa realizada por el Decreto Ley 806 de 2020 en el marco del estado de emergencia derivado del virus Covid 19, reformas que se convierten en reglamentación permanente). Sin embargo, presenta aciertos y debilidades concretas que son relevantes y serán evaluadas en el presente escrito. La misma perspectiva se identifica respecto del control fiscal en Colombia- el cual debe cumplir su función pública, siempre orientada por el derrotero de vigilar a la administración y los particulares en el manejo de los bienes y fondos públicos, en las etapas de recaudo, adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de recursos del Estado- Dicho control, lastimosamente y en detrimento del patrimonio se venía ejerciendo (anterior al acto Legislativo No. 04 de 2019) de forma posterior y selectiva. Esto significa que no se revisaban todas las actuaciones administrativas adelantadas por los sujetos de control, sino que utilizando la técnica de muestreo, se examinaba solamente un grupo presuntamente representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de la Contraloría “supuestamente” era suficiente para extraer conclusiones sobre el manejo de los recursos públicos) conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos por la ley, forma de control que considero era tardía y poco efectiva pues realizaba la verificación de las inversiones cuando las mismas ya se habían hecho, y, los daños fiscales, consecuencia de los actos de corrupción, ya se habían materializado. Respecto de los contratos estatales que son aquellos actos jurídicos que, al ser celebrados por las entidades estatales, deben buscar el cumplimiento de los fines del Estado, una adecuada prestación de los servicios públicos y una verdadera garantía de los derechos de los colombianos; analizaremos someramente limitaciones y falencias normativas aplicables en materia contencioso administrativa, de control fiscal y disciplinario contractual y sus implicaciones en la aplicación cotidiana de nuestro país de la mano con las consecuencias de carácter disciplinario por la inobservancia de esta normatividad.

SUMARIO

OBJETIVOS	4
Objetivo General	4
Objetivos Específicos.....	4
MARCO LEGAL APLICABLE EN EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DEL CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA.	5
I.I. DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	5
I.II. EL CONTROL FISCAL.	6
I.III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CONTRACTUAL.....	6
II. IDENTIFICAR LIMITACIONES Y FALENCIAS ANALIZANDO CRITICAMENTE LAS PRINCIPALES NORMATIVAS APLICABLES EN MATERIA CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVA, DE CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA	8
II.I. DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	8
II.II EL CONTROL FISCAL.....	122
II.III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CONTRACTUAL.	13
CONCLUSIONES	21
REFERENCIAS	23

OBJETIVOS

Objetivo General

Identificar y analizar las principales normativas aplicables en el ámbito del derecho contencioso administrativo, del control fiscal y disciplinario contractual en Colombia y sus implicaciones en el actuar estatal y del servidor público analizados en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja.

Objetivos Específicos

1. Identificar el marco legal aplicable derecho contencioso administrativo, del control fiscal y disciplinario contractual en Colombia estudiados en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja.

2. Analizar críticamente las principales normativas aplicables en materia contencioso administrativo, del control fiscal y disciplinario contractual estudiadas en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja.

3. Identificar limitaciones y falencias de la normatividad vigente aplicable en materia contencioso administrativo, del control fiscal y disciplinario contractual estudiadas en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja, y sus implicaciones en la aplicación cotidiana.

I. MARCO LEGAL APLICABLE EN EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DEL CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA.

En este título abordaremos el marco legal aplicable del derecho contencioso administrativo, del control fiscal y del ámbito disciplinario contractual en Colombia; los cuales fueron estudiados en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja. Es preciso indicar que el marco legal aplicable es muy amplio y este título solo abordará someramente algunas de las últimas reformas en estos campos del derecho.

I.I. DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El derecho contencioso administrativo en Colombia está regulado bajo el marco legal normativo establecido en la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” legislación proferida como medida de materialización de las garantías constitucionales emanadas de la carta de 1991 que consagro la cláusula general del Estado Social del Derecho estableciendo mecanismos procesales de protección con el objetivo primordial de descongestionar y agilizar la jurisdicción de lo contencioso administrativo buscando acercar a la jurisdicción con el ciudadano y de esta forma regular la interacción de este con el estado de forma ágil, eficaz y eficiente. Sin embargo y con el pasar de los años esta regulación se quedó “corta” en el cumplimiento de sus objetivos; de allí la necesidad de la “reforma” concebida bajo las disposiciones de la Ley 2080 de 2021 “Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción” que reforma la ley anunciada de forma primigenia (Ley 1437 de 2011); reformas que analizaremos someramente en el próximo título logrando vislumbrar aspectos positivos en búsqueda de celeridad judicial y acceso de ciudadano a la administración de justicia y a su vez observamos algunas deudas, sinsabores y hasta contradicciones que presenta la nueva normatividad que rige los asuntos controversiales de las dos partes que componen el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo.

I.II. EL CONTROL FISCAL.

Consecuentemente y respecto a las principales normas que orientan y desarrollan la actividad del control fiscal en Colombia ejercido por la Contraloría General de la República puntualizamos las siguientes: Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, Decreto 2037 de 2019 “Por el cual se desarrolla la estructura de la Contraloría General de la República, se crea la Dirección de información, Análisis y Reacción Inmediata y otras dependencias requeridas para el funcionamiento de la Entidad”, el Acto Legislativo 04 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal” y el Decreto 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal” constituyen el marco de referencia del control fiscal en Colombia.

La vigilancia de la gestión fiscal del estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados Funciones de la Contraloría General de la República (Const. 1991, art. 267), pero; en el marco del control posterior y selectivo, ese control de gestión era posterior a la inversión de los recursos y cuando los detrimentos patrimoniales ya eran una realidad, lo cual resulta contradictorio ya que al tener la función pública del control fiscal como fin principal la protección del patrimonio público y la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos es ilógico como ya se argumentó anteriormente que este sea “posterior y selectivo”.

I.III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CONTRACTUAL.

Las principales normas rectoras del régimen contractual en Colombia se materializan en dos grandes grupos, así: 1. Ley 80 de 1993 - Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y 2. Ley 1150 de 2007 - Por el cual introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993., Decreto 4828 de 2008 - Régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública., Ley 734 de 2012 - Reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración., Decreto 1510 de 2013 - Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública y como se puede observar; todas ellas reglamentarias de la normatividad rectora de la contratación estatal (Ley 80 de 1993).

Por su parte y disciplinariamente hablando en Colombia, el marco legal del régimen del servidor público está cimentado bajo los lineamientos de la ley 734 de 2002 - Código Disciplinario Único; norma eminentemente inquisitiva, escritural y obsoleta, así como por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), los cuales se aplican a los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales, la ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario” que fue diferida hasta el 29 de Marzo de 2022, a excepción de los Artículos 69 y 74 de la Ley 2094, que entro a regir el 30 de Junio de 2021, y la ley 2094 de 2021 “Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones”; estas dos últimas como respuesta a los estándares convencionales exigidos al estado colombiano a partir de la sentencia adversa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs. Colombia.

II. IDENTIFICAR LIMITACIONES Y FALENCIAS ANALIZANDO CRÍTICAMENTE ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES NORMATIVAS APLICABLES EN MATERIA CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVA, DE CONTROL FISCAL Y DISCIPLINARIO CONTRACTUAL EN COLOMBIA

La “Ley” entendida como el mecanismo reglamentador de conductas sociales es primordial para regular todos los aspectos del individuo en su interacción con la sociedad; esta limita la libertad individual en pro del “bien común”, normalmente cumple su objetivo, sin embargo y en muchas ocasiones, esta reglamentación surge a la vida jurídica sin el análisis social previo, sin responder a la necesidad de la sociedad ni del individuo convirtiéndose en un mecanismo inútil y obsoleto para regular las relaciones entre el individuo, la sociedad y el estado.

Este capítulo pretende analizar los aspectos positivos y negativos del régimen legal aplicable y las últimas reformas en materia contencioso-administrativa, de control fiscal y disciplinario contractual los conocimientos adquiridos en el Diplomado de Derecho Público realizado por la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja y sus implicaciones en la aplicación cotidiana.

II.I. DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El derecho administrativo en Colombia se encuentra actualmente regido bajo las disposiciones de la Ley 2080 de 2021, ley que reforma y dicta disposiciones en materia de descongestión judicial en los procesos que cursan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo regida bajo los parámetros del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011); ésta modifico normas relativas al procedimiento administrativo sancionatorio fiscal (artículo 47A); señalando que para materializar la suspensión provisional del servidor público, el funcionario deberá emitir acto administrativo debidamente motivado que contenga los elementos de juicio para emitir tal acto, dejando al servidor suspendido sin remuneración durante el tiempo que dure la suspensión (Este tiempo será de máximo un mes prorrogable por un mes más). Y es en este aspecto donde encuentro una contradicción enorme en materia de convencionalidad; pues si observamos con detenimiento la precitada norma analizada deja al advirtió de los funcionarios de la Contraloría General de la República y no de un juez, la

potestad de con esta decisión de suspensión provisional, coartar derechos políticos de funcionarios de elección popular; lo que a la postre desencadenara demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el restablecimiento de sus derechos políticos.

Respecto del artículo 149A, celebro con beneplácito la introducción de la figura jurídica de la doble conformidad en procesos adelantados en el Consejo de Estado con presunta responsabilidad de funcionarios públicos (del nivel directivo o de alto rango); recordemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), establecen la obligatoriedad de aplicar la doble conformidad dentro del ordenamiento jurídico nacional (de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, se debe cumplir lo dispuesto en los tratados internacionales que el país ha suscrito y ratificado), postulado que se adecua perfectamente a las disposiciones constitucional, al ser un derecho fundamental, sustancial y procesal, que se basa en el postulado de que Colombia es un Estado Social de Derecho en donde priman los derechos fundamentales, como el debido proceso.

Ahora bien, en cuanto al artículo 112, es plausible que se haya buscado fortalecer a la Sala de Consulta y Servicio Civil en su la función de emisión de conceptos; sin embrago y desde la óptica de la descongestión judicial avizoro otra contradicción o retroceso al adoptar una medida que en mi opinión puede congestionar y/o dilatar aún más el proceso contencioso administrativo. Analizando la modificación del numeral 7, que le da la facultad a la Sala de Consulta y Servicio Civil de emitir concepto a petición del Gobierno Nacional y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, no solo para precaver un eventual litigio sino también para poner fin a uno existente y estableciendo que la solicitud del concepto suspende los términos legales de caducidad y la prescripción hasta el día siguiente que se comunique dicho concepto, observo una medida que a la larga se puede convertir en instrumento para dilatar el proceso y congestionar al operador administrativo.

Respecto de la reforma realizada en búsqueda de redistribuir las competencias y de esta forma lograr la descongestión del Consejo de Estado, atribuyendo a los Tribunales Administrativos y a los jueces administrativos la competencia de conocer los asuntos en primera instancia; reforma materializada en los artículos 149, 149A, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157 y 158); considero que es una modificación plausible únicamente en la medida que en tema presupuestal esté garantizado

y así poder materializar la creación de nuevos juzgados administrativos que entren a asumir la carga laboral creada en virtud de la descongestión previamente citada. Ahora bien, es preciso mencionar que los funcionarios de estos nuevos juzgados de descongestión deben ser nombrados en virtud de concurso de mérito o listas de elegibles vigentes que nos permitan asegurar en cierta medida la idoneidad para ejercer la administración de justicia.

Analizando el tema de sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado (mecanismos para su promulgación y solicitud de extensión de jurisprudencia) reglamentadas en los artículos 102, 111, 269, 270 y 271; celebro parcialmente la nueva disposición al eliminar la obligación de aportar la copia de la sentencia de unificación que la parte invoca a su favor, exigiendo tan solo hacer la referencia de dicha sentencia; ahora bien, no debe ser obligación del funcionario público de la entidad conocer a fondo estas sentencias de unificación; me pregunto porque tanto en la anterior normatividad como en la nueva, se le traslada la obligación a la parte interesada de hacer la referencia de la sentencia de unificación que quiera hacer valer a su favor, al actuar la administración de forma contrarias a estas sentencias, no estaría profiriendo decisiones contrarias a derecho? (falsa Motivación). Es allí donde el acceso por mérito de los funcionarios Públicos juega un papel fundamental de la mano con la constante formación, capacitación y actualización en sus labores funcionales.

Una deuda o aspecto pendiente de la nueva legislación, es la creación del Portal Único del Estado Colombiano (www.gov.co), implementado sedes electrónicas compartidas que buscan introducir “notificaciones judiciales online” supuestamente de forma más accesible para el ciudadano (Ver artículos 56, 60A); mecanismo que en el papel es una excelente medida, sin embargo en zonas apartadas del país (antiguos territorios nacionales) y zonas sin conectividad a red banda ancha de internet en todo el territorio nacional, me pregunto cómo la sede electrónica compartida garantizara las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad a los usuarios residentes en las zonas anteriormente descritas. Ojalá, y a medida de ejemplo, sería un despropósito que a una persona de la tercera edad sin conocimiento de sistemas informáticos o un miembro de una comunidad indígena sin conocimiento de sistemas informáticos o aún peor sin acceso territorial a internet lo pongan a

descargar certificados pensionales o a realizar trámites pensionales exclusivamente en el portal electrónico establecido para tal efecto.

Respecto del artículo 247 y como aspecto importante para resaltar en este acápite es la eliminación de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad anterior para conceder y tramitar el recurso de apelación cuando una sentencia es desfavorable a la entidad pública; mecanismo conciliatorio que en contadas ocasiones autorizan los comités de conciliación al interior de las entidades estatales y por ende se convertía en una barrera para acceder a la segunda instancia; Ojo que soy consciente que la precitada audiencia no se eliminó del ordenamiento contencioso administrativo, pero en la práctica y al solicitar textualmente que "...siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria.", en la práctica se eliminó la audiencia. Qué bueno sería abrir el debate en el sentido de analizar la pertinencia de la conciliación prejudicial ante Procuraduría General de la Nación como requisito de procedibilidad en la cual las entidades nunca llevan acuerdo conciliatorio.

Finalmente, y como aspectos a resaltar en la reforma, la Ley 2080 de 2021 crea mecanismos para agilizar los procesos contenciosos administrativos, aspectos todos ellos que considero un gran acierto en la medida que ayudaran a agilizar los tiempos promedio de duración de los procesos. Siendo estos aspectos:

- El contemplado en el artículo 182A respecto de la sentencia anticipada.
- Los reglados en los artículos 188, 201, 201A y 205 respecto de las notificaciones personales.
- El trámite del recurso de apelación ya no en efecto suspensivo sino devolutivo. (Artículo 243 parágrafo primero).
- Disminución del término para contestar la demanda; y en este aspecto celebró la eliminación de los 25 días que se encontraban entre la notificación electrónica y los 30 días de traslado, dejando un término único de 30 días
- Cambio al requisito de procedibilidad en procesos ejecutivos, laborales pensionales y de repetición derogando apartes del artículo 613 del Código General del Proceso.
- Innovación estatuida en el artículo 175 respecto de la decisión de excepciones previas que ahora se harán previo a la audiencia inicial.

- El dictamen pericial (arts. 218 a 222 cambiando sustancial en las reglas de este instrumento probatorio).

II.II EL CONTROL FISCAL.

El régimen del control fiscal en Colombia integrado principalmente por la ley 610 del 2000 entro a ser reformado por el acto legislativo No. 04 de 2019; este último, introduce en mi concepto de forma acertada, pero con beneficio de inventario sobre su efectividad el llamado “control preventivo y concomitante” al modificar el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia; ahora bien, mis reservas en la efectividad de este nuevo control es que el mismo tiene el carácter de excepcional, no es vinculante y por ende no obliga al gestor fiscal, no puede entrar a verificar y/o hacer observaciones y modificaciones sobre la conveniencia de las decisiones de los funcionarios públicos a cargo de administrar recursos del estado, y se realizará en forma de advertencia y no de obligación para el gestor fiscal; de allí mis reservas sobre su efectividad, eficacia y eficiencia para realizar una verdadera fiscalización de los recursos públicos.

El decreto 403 del 2020 por el cual se dictan normas para la correcta implementación del acto legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal en Colombia, introduce reformas novedosas y otras discutibles; es factible realizar en este estado un estudio de la anterior afirmación así: respecto de la llamada “competencia sancionatoria fiscal”, que, además de la imposición de multas, otorga la facultad de imponer sanciones de suspensión al sujeto pasivo objeto de vigilancia y control fiscal, critico enérgicamente que esta sanción no tenga el carácter indemnizatorio ni resarcitorio; a la vez y en mi concepto, desborda el marco del control fiscal invadiendo la órbita disciplinaria al imponer sanciones de suspensión provisional del servidor público. Nótese como la Ley 2080 de 2021, modifica normas relativas al procedimiento administrativo sancionatorio fiscal adicionando un artículo 47A a la ley 1437 de 2011 y estableciendo que “Durante el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, el funcionario que lo esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la conducta en el trámite del proceso o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.”. Regulación que considero totalmente contradictoria en materia de convencionalidad; pues si observamos con detenimiento la precitada norma deja al criterio jurídico de los funcionarios de la

Contraloría General de la República y no de un juez, la potestad de que, con esta decisión de suspensión provisional, sean coartados los derechos políticos de funcionarios de elección popular; lo que a la postre desencadenara demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el restablecimiento de sus derechos políticos.

Un cambio en menoscabo de la seguridad jurídica y de la celeridad en las investigaciones fiscales es la ampliación de términos (El grado de consulta, las indagaciones preliminares, la segunda instancia) y en particular el de caducidad de la acción fiscal (Artículo 135 que entra a modificar y adicionar dos párrafos al artículo 39 de la Ley 610 de 2000), modificación en materia de caducidad que le otorga al órgano de control ya no cinco (5) años sino diez (10) años, para proferir el auto de apertura de responsabilidad fiscal, años que serán contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño; ahora no todo es malo en este cambio, ya que la ampliación del término al “doble” puede llegar a ser un elemento disuasivo, convincente y sugerente para que el gestor fiscal adecue su comportamiento en pro del buen manejo de los recursos públicos y por ende se convierta en un cambio eficiente a la hora de combatir posibles actos de corrupción. Este mismo análisis es aplicable en el caso de la adición de un nuevo párrafo (párrafo 2º) al artículo 12 de la Ley 610 de 2000 que dispuso respecto de las medidas cautelares sobre sumas liquidadas de dinero incrementar su valor hasta en un cincuenta por ciento (50%) de dicho valor y de un ciento por ciento (100%) tratándose de otros bienes; cambio que debería “preocupar” a los corruptos; ahora bien, esperemos que este cambio no incentive el famoso “seveye” al interior de la administración.

A contrario sensu; aplaudo y celebro la asignación de funciones y competencias constituciones de policía judicial a la Contraloría General de la República; en especial la del literal a del artículo 104 que otorga la facultad de realizar visitas sin previa notificación o aviso para recaudar información en “caliente” sin que se pueda oponer reserva para fiscalizar el manejo de los recursos públicos dado por las entidades y los particulares.

II.III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CONTRACTUAL.

Respecto del derecho disciplinario y en pronunciamiento de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-341, 1996) “Es el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en

virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos” y respecto de los contratos estatales; entendiendo el contrato estatal según Gómez P. C. (2004) como el acuerdo de voluntades para el cumplimiento de los fines del estado, una correcta prestación de los servicios públicos y una materialización efectiva de los derechos de la comunidad; analizaremos sucintamente las dificultades que se presenta en la aplicación de las múltiples normas contractuales vigentes en nuestro país y las implicaciones respecto de la responsabilidad disciplinaria atribuible a los servidores públicos por la contravención de esta normatividad y sobre todo al principio de Planeación Contractual.

La contratación también puede darse con particulares, quienes deben tener en cuenta que, al celebrar y ejecutar los contratos, se encuentra colaborando con el Estado en la consecución de sus fines, resaltando la relevancia que estos suelen tener a nivel social, es así como tanto las entidades estatales y los particulares, tienen el deber de cumplir a cabalidad con los deberes y obligaciones que impone la ley (Ley 80 de 1993, Art. 3 y 4).

En este respecto y respecto de los principios de la contratación estatal; la normatividad vigente aplicable a la contratación estatal se encuentra regulada en la Constitución Nacional y concretamente en la Ley 80 de 1993, la cual materializa los principios en los artículos 24, 25 y 26.

A partir de esta reglamentación, de acuerdo con Carvajal (2016), los servidores públicos y contratistas están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contractual y a proteger sus derechos, por lo cual deberán responder por sus actuaciones y omisiones en la ejecución del contrato. Tal es el caso de los contratistas, consultores, interventores, asesores, servidores públicos, entidades Estatales o particulares, que son responsables disciplinariamente en materia contractual.

Al respecto y con la finalidad de hacer una descripción más técnica del principio de planeación contractual, la Procuraduría General de la Nación, frente al alcance del precitado principio, se ha referido en los siguientes términos:

El principio de planeación es una manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta disposición. El principio de planeación busca garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación; en consecuencia, en virtud de este principio, cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica (Cuellar, 2010).

El principio de planeación, materializado en la gestión contractual del estado, es evidenciado en el actuar coordinado de las entidades públicas, lo cual se traduce en una serie de disposiciones legales y reglamentarias que obligan un determinado comportamiento a cargo de las entidades del estado, concretamente, en lo que tiene ver con la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer, así como el objeto a contratar con sus actividades y/o condiciones obligatorias, el estudio del valor del futuro contrato y su justificación, el certificado del presupuesto, el lugar de ejecución y la forma de pago del futuro contrato, permisos, licencias y/o autorizaciones necesarias para ejecutar el objeto contractual y en conclusión todo documento que permita establecer claramente la forma las eficaz, eficiente y efectiva de suplir la necesidad a satisfacer.

Las transgresiones del principio de planeación en el contrato estatal se presentan porque la entidad contratante, los contratistas, supervisores, interventores y asesores, al no tener muy claro tanto el marco normativo vigente, como el significado de las disposiciones en él contenidas, confunden tener una hoja de ruta para adelantar la actividad contractual [análisis del sector, estudios previos, planos, diseños], con la planeación.

Tal confusión y sus consecuencias nefastas han dado como conclusión lógica que el operador contractual trasgreda el régimen legal, configurándose en su actuar responsabilidad disciplinaria por la comisión de conductas disciplinariamente relevantes, al no distinguir, entender y analizar la importancia del principio de planeación contractual como aquel pilar que imprime a la administración pública la responsabilidad y la obligación de adelantar sus procesos contractuales siguiendo lineamientos producto y/o resultado de análisis, estudios y documentos previos elaborados por un grupo interdisciplinario de personas conocedoras a fondo de todos los aspectos

jurídicos, administrativos, técnicos y financieros inherentes al contrato y que deberán no solo estar presente en esta fase previa sino en todas las fases de la actividad contractual.

Según Benavides (2002) La administración busca a través de las herramientas jurídicas que conforman el derecho administrativo como lo es la contratación estatal, el logro de los fines del Estado, que son en últimas, los fines que los mismos administrados prevén y requieren.

El principio de la legalidad en la contratación estatal impone a las autoridades administrativas la obligación de realizar todas y cada una de sus actuaciones, conforme al debido proceso, que exige elementos como la tipicidad de sus conductas y sobre todo el apego al sistema legal en sus actuaciones. (Constitución P. 1991 Art. 29).

Al identificar la principal norma rectora del régimen contractual en Colombia (Ley 80 de 1993) y todos decretos reglamentarios se concluye que esta diversidad y multiplicidad normativa dificulta al operador contractual su aplicación al tener que, en su diario trabajar, aplicar un alto grado de cuidado y conocimiento normativo para no olvidar todas las normas que con su actuar debe respetar; so pena de ser destinatario de la ley disciplinaria e incluso de la penal al infringir las normas anteriormente referenciadas, ya sea debido al desconocimiento o descuido.

Ahora bien; es preciso recordar que en la actividad contractual del estado; las entidades públicas están obligadas a cumplir la normatividad que les aplica de manera general; es por ello que al aplicar el régimen contractual deberán respetar normas complementarias como las relativas a la seguridad social (Ley 789 de 2002 - Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo) o las relativas al ejercicio del control interno de gestión (Ley 87 de 1993 - Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado) y en general todas aquellas que sean aplicables según el caso específico.

El anterior análisis permite concluir que el amplio catálogo de normatividad legal aplicable se convierte en un factor que desencadena con su inobservancia para el servidor público, la vulneración del principio de legalidad de la contratación estatal; es preciso recordar el sentir de

Santofimio (2000), quien define el principio de legalidad de la contratación estatal, como aquel principio esencial, que en nuestra legislación busca de manera precisa sancionar al servidor que desconozca cualquiera de los procedimientos, requisitos y trámites esenciales aplicados en las diferentes etapas contractuales. Así las cosas, el principio sería violado desde el instante en que el servidor público celebra algún contrato sin cumplir los requisitos legales exigidos en el Estatuto General de Contratación (ley 80 de 1993), Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

De igual forma se hace necesario analizar cómo la vulneración del principio de planeación y de legalidad anteriormente esbozados traerán como consecuencia lógica la transgresión de la normatividad disciplinaria; es por ello que a modo de introducción veremos las generalidades de la responsabilidad disciplinaria para luego estudiar someramente los tipos disciplinarios que se transgreden como consecuencia de la vulneración de principios y la normatividad vigente en materia de contratación estatal.

Veamos las generalidades de la responsabilidad disciplinaria en materia de contratación estatal; el contrato estatal, en palabras de Santofimio (2009), es el acto jurídico de manifestación de voluntad creador de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal. Por su parte, la Ley 80 de 1993 establece que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley, y para esta definición es indiferente si el tipo del contrato al que se refiere va a ser uno civil, comercial o propio de la Administración, porque de todas formas se va a desarrollar bajo el imperio de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto las controversias que surjan de él van a ser dirimidas por la jurisdicción contencioso administrativa.

En materia de contratación estatal, recuerda Matallana (2013) que uno de los objetivos de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) fue el de ampliar el catálogo de faltas gravísimas. Entre ellas, se incluyeron varias que corresponden a conductas realizadas en el marco de la contratación estatal. En efecto, puede decirse que, actualmente, la mayor parte de las faltas que podrían cometerse en esa materia tienen tal carácter.

Lo anterior, sin duda, y analizando lo estudiado por Ramos (2009) se debe a la importancia que tiene el tema contractual para el cumplimiento de los fines del Estado y al alto grado de corrupción que se presenta en relación con la preparación, la celebración y la ejecución de los contratos de las entidades públicas. Al respecto, no puede perderse de vista que el artículo 3 del Estatuto Contractual que impone a los servidores públicos el deber de utilizar la contratación estatal para buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la entidad en la consecución de dichos fines.

En Colombia, el marco jurídico del control disciplinario actualmente está integrado por el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), así como por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), la ley 1952 de 2019 y la ley 2094 de 2021. De esta manera y de acuerdo a las circunstancias de tiempo y modo en que se haya celebrado y ejecutado un acto administrativo, al servidor público se le aplicará el contenido de estas dos normatividades en lo que concierne a la responsabilidad en el área de la contratación estatal (Matallana, 2009).

Por lo anterior, el mismo Estado, en aras de ejercer control sobre sus actuaciones y en desarrollo del artículo 277 constitucional implemento en cabeza de la Procuraduría General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, la función de vigilar el cumplimiento de la constitución, las leyes y las decisiones judiciales, ejerciendo la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

En materia de contratación estatal, el artículo 62 de la ley 80 de 1993 reconoce la función de la Procuraduría General de la Nación y en general de los representantes del ministerio público al establecer que: “La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.”. (Ley 80, 1993, artículo 62)

Así las cosas, la ley 734 de 2002 surge como alternativa de respuesta a la necesidad de contar con más instrumentos para el ejercicio efectivo del poder sancionador del Estado cuando los funcionarios públicos encargados de la contratación estatal en sus entidades y en la ejecución de esta, desconozcan la Constitución, la ley o el reglamento, mediante la puesta en marcha de la acción disciplinaria, previo debido proceso que culmine con la imposición de una sanción en contra del servidor público que celebró, ejecutó, terminó, liquidó y en general intervino en procedimiento contractual del estado. Titularidad ejercida por el estado prima facie por las oficinas de control disciplinario interno, personerías o de forma preferente (poder preferente) por la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien; respecto de las faltas graves y leves, la ley 734 de 2002, en el artículo 31 “sobre los deberes de todo servidor público” el Código Disciplinario contempla en su numeral 1° en imperativo legal de “Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”, concomitantemente en el numeral 2° y a modo de complemento establece como deber de todo servidor público “Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función”.

De las disposiciones anteriormente analizadas se concluye que cualquier transgresión de la normatividad que rige la actividad contractual trae como consecuencia la violación de disposiciones disciplinarias, que son sancionables dependiendo los criterios de dosificación de la sanción que deba aplicar el operador disciplinario.

Por otra parte, y respecto de las faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima M’Causland, M (2009) la ley 734 de 2002, en el artículo 48 contempla taxativamente estas; sancionando con destitución e inhabilidad general a servidor público inmerso en alguna de ellas. La destitución implica la terminación de la relación del funcionario público con la entidad,

constitucionalmente y en aplicación del artículo 287, la desvinculación del cargo o la terminación del contrato de trabajo. La inhabilidad general implica “a imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo –que será de 10 a 20 años–, y la exclusión del escalafón o carrera.

A manera de conclusión de análisis es de anotar que el “sin número” de normatividad legal aplicable en materia contractual dificulta la actividad funcional del servidor público al tener este en su actividad laboral cotidiana el deber de aplicar un alto grado de cuidado y conocimiento normativo para no olvidar todas las normas que con su actuar debe respetar; so pena de ser destinatario de la ley disciplinaria e incluso de la penal por el desconocimiento o descuido al infringir las normas anteriormente descritas.

Ahora bien; es preciso recordar que en la actividad contractual del estado; sus entidades y servidores están obligados a aplicar además de las precitada normatividad; normas complementarias relativas a en cumplimiento de obligaciones en seguridad social, control interno, administración de archivo, régimen tributario y presupuestal, normatividad urbanística, de servicios públicos, las relativas a la consecución de permisos, licencias, autorizaciones, y en fin un sin número de normatividad que solo un profesional íntegro y con amplia formación y experiencia en lo público puede desarrollar; convirtiendo de esta forma al aceptor contractual en “blanco fácil” del estatuto disciplinario.

CONCLUSIONES

La sociedad colombiana hoy en día digitalizada más que nunca, exige del operador judicial eficacia, eficiencia y celeridad en la aplicación de justicia; resultado de esta exigencia se profirió la ley 2080 de 2021 que reformo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011; incorporando Tecnologías de la Información y las Comunicaciones “TIC” en procura de materializar los estándares de agilidad exigidos por el usuario de la administración de justicia; sin embargo la nueva reforma adolece de disposiciones contrarias al principio de convencionalidad, imprime nuevas dificultades para comunidades con deficiente acceso a conectividad de internet y dudas sobre su viabilidad y sostenibilidad presupuestal.

A partir del análisis realizado se puede concluir que los cambios referenciados se conviertan en mecanismos efectivos de lucha contra la corrupción, que la ampliación de términos en materia fiscal puede llegar a ser sea un mecanismo disuasivo para el corrupto siempre y cuando no sea utilizada por el operador sancionatorio fiscal en menoscabo de la celeridad y el impulso oficioso del proceso sancionatorio fiscal; y en general que todos estos esfuerzos del operador legislativo sean útiles para la consecución de los fines de la función del control fiscal en Colombia.

El principio de planeación, materializado en la gestión contractual que se adelanta en Colombia, se materializa en una serie de disposiciones legales y reglamentarias que obligan un determinado comportamiento a cargo de las entidades del estado, en lo que tiene ver con la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer, así como el objeto a contratar con sus actividades y/o condiciones obligatorias, el estudio del valor del futuro contrato y su justificación, el certificado del presupuesto, y en conclusión todo documento que permita establecer claramente la forma la eficaz, eficiente y efectiva de suplir la necesidad a satisfacer.

Las transgresiones del principio de planeación en el contrato estatal se presentan porque la entidad contratante, los contratistas, supervisores, interventores y asesores, al no tener muy claro tanto el marco normativo vigente, suelen confundir tener una hoja de ruta para adelantar la actividad contractual [análisis del sector, estudios previos, planos, diseños], con la planeación. Esta confusión ha dado como conclusión que el operador contractual trasgreda el régimen legal,

configurándose en su actuar una posible responsabilidad disciplinaria materializada en la comisión de conductas disciplinariamente relevantes, al no distinguir, entender y analizar la importancia del principio de planeación contractual.

Además, con el actuar de las entidades estatales se está vulnerando el principio de legalidad de la contratación estatal, desde el instante en que el servidor público celebra algún contrato sin cumplir los requisitos legales exigidos en el Estatuto General de Contratación (ley 80 de 1993), Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. De igual forma se hace necesario estudiar cómo la vulneración del principio de planeación y de legalidad anteriormente esbozados traerán como consecuencia lógica la transgresión de la normatividad disciplinaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Benavides, J. L. (2002). *La contratación estatal*. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez P. C. (2004). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. 3ª ed. Universidad Externado de Colombia.
- M'Causland, M (2009). La tipificación de las faltas disciplinarias en materia de contratación estatal. *En Lecciones de derecho disciplinario* volumen II. Procuraduría General de la Nación. (pp. 183-219).
- Procuraduría General de la Nación. (2017). Recomendaciones para la elaboración de estudios previos - Aplicación del Principio de Planeación en la contratación de las Entidades Públicas. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>.
- Ramos, A. (2009). *Contratación estatal: teoría general y especial*. Ediciones Ibañez.
- Santofimio, J. O. (2009). *Contratación estatal Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J O (2000). *Delitos de Celebración indebida de contratos*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Universidad de los Andes. Departamento de ciencias políticas facultad de ciencias sociales (sin fecha) <https://cienciassociales.uniandes.edu.co/desarrollos/organigrama-estadocolombiano/index.php?ac=oc&main=5&id=1&dat=24>

Sentencias

- Sentencia C-341/96. (1996, 5 de agosto). Corte Constitucional (Antonio Barrera Carbonell, MP). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-341-96.htm>

Leyes

- Ley 80 de 1993. (1993, 28 de octubre). Congreso de la República. Diario Oficial No 41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Ley 734 de 2002. (2002, 5 de febrero). Congreso de la República. Diario Oficial No 44.708. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
- Ley 610 de 2000. (2000, 15 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial No 44.133. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html

Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República. Diario oficial No 47.956.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Ley 1174 de 2011. (2011, 12 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No 48.128.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Acto Legislativo No. 04 de 2019. (2019, 18 de septiembre). Congreso de la República. Diario Oficial No. 51.080.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=100251>

Decreto 403 de 2020. (2020, 16 de marzo). Presidencia de la República. Diario Oficial No 51818.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0403_2020.html

Ley 2080 de 2021. (2021, 25 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial No 51.568.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2080_2021.html

Constitución Política de Colombia (Última actualización: 20 de octubre de 2021 - (de 5 de octubre de 2021).