

CONTRATOS ESTATALES

Por
Libardo Orlando Riascos Gómez
Doctor en Derecho
2008

Corte Constitucional, Sentencia C-088-00, Febrero 2

ACCION POPULAR-Personas responsables solidariamente por sobrecostos u otras irregularidades provenientes de contratación
CONTRATACION PUBLICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Principios axiológicos y capacidad para contratar
ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO-Capacidad para contratar
CONTRATO CON ENTIDADES DEL ESTADO-Capacidad
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA-Representante legal de entidad contratante y contratista con quienes concurran al hecho hasta recuperación total de lo pagado en exceso
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Alcance
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA-Lesión a la moral administrativa o al patrimonio público
PRINCIPIO DE LA BUENA FE FRENTE AL INTERES GENERAL Y EL BIEN COMUN-Límites/**PRINCIPIO DE LA BUENA FE FRENTE AL INTERES GENERAL**-Protección de derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público

Esta Corte ha sido enfática en señalar que, el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE FRENTE A PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL-Límites y condicionamientos

DELEGACION DE FUNCIONES EN CONTRATACION PUBLICA-Responsabilidad del delegatario/**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA EN CONTRATACION PUBLICA**-Delegatario de representación legal y contratista con quienes concurran al hecho/**PATRIMONIO PUBLICO**-Protección/**CORRUPCION ADMINISTRATIVA EN CONTRATACION PUBLICA**-Responsabilidad patrimonial

Si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo. Igualmente, armoniza con el principio de solidaridad pues protege la integridad del patrimonio público al consagrar un instrumento que propende por la recuperación de los dineros del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares, amén de irregularidades en el proceso de contratación que son resultados de sus acciones y omisiones antijurídicas. Constituye cabal desarrollo de la Carta

Política, pues la prevalencia del interés general; la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PUBLICO EN CONTRATACION PUBLICA

SOLIDARIDAD LEGAL-Establecimiento

DEBIDO PROCESO EN RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA-Representante legal de entidad contratante y contratista con quienes concurren al hecho

RECURSOS PRESUPUESTALES DE LA NACION-Protección/**MORALIDAD ADMINISTRATIVA**-Observancia

Referencia: expediente D-2469

Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 40 (parcial) y 55 (parcial) de la Ley 472 de 1998, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

Actoras: Ruby P. Rasmussen Paborn, Ines Adriana Sanchez Leal, Gloria Ines Muñoz Parada, Olga E. Hoyos De Ordoñez

TEMAS:

1. Responsabilidad patrimonial de carácter contractual
2. Solidaridad de los sujetos responsables.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., febrero dos (2) de dos mil (2000)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, las ciudadanas **RUBY PATRICIA RASMUSSEN PABORN, INES ADRIANA SANCHEZ LEAL, GLORIA INES MUÑOZ PARADA y OLGA E. HOYOS DE ORDOÑEZ** demandaron los artículos 40 (parcial) y 55 (parcial) de la Ley 472 de 1998, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

Por auto de agosto 3 del cursante año, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra el artículo 40 (parcial); asimismo, la rechazó en relación con el artículo 55, por recaer sobre el mismo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

De igual modo, ordenó la fijación en lista y el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia. Dispuso, además, que se cursaran las comunicaciones de rigor al señor Secretario General de la Presidencia de la República así como a los señores Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho para que si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Cumplidos, como se encuentran, los requisitos que para esta índole de asuntos, contemplan la Constitución Política y el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a decidir.

II. EL TEXTO DE LA DISPOSICION ACUSADA

El aparte acusado es el que se destaca en negrillas en la transcripción del artículo 40 al cual pertenece :

"LEY 472 DE 1998

(Agosto 5)

"Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

El Congreso de Colombia

DECRETA

".....

TITULO II

DE LAS ACCIONES POPULARES

CAPITULO XI

INCENTIVOS

"Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular.

"Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

"Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener que se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos."

III. LA DEMANDA

Las actoras consideran que el acusado inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 quebranta los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política.

Expresan que el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en cuanto dispone que el representante legal de la entidad contratante y el contratista responden solidariamente con los funcionarios responsables de las irregularidades en la contratación, viola el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta, pues, en su criterio, está tácitamente estableciendo una presunción de

mala fe en contra de los primeros, sin tener en cuenta que es posible que estos no hayan intervenido en la celebración del contrato del que se deriva el detrimento patrimonial de la entidad pública, o no hayan tenido parte en su ejecución, pese a lo cual, son obligados a responder con su patrimonio, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Opinan que "... pareciera que el legislador buscó establecer una forma de responsabilidad objetiva, de la que ha debido ocuparse de manera expresa, consagrando las causas, circunstancias que la originan y los procedimientos a seguir ante su ocurrencia, como lo exige el inciso final del artículo 88 de la Carta, sobre el cual hasta el momento nada ha dicho el legislador."

Las accionantes manifiestan que, por otra parte, el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 es, igualmente, violatorio del artículo 29 de la Carta Política, pues establece para el representante legal de la entidad pública y el contratista, la obligación de responder con su patrimonio, en forma solidaria con quienes dieron lugar a los sobrecostos o irregularidades en la contratación, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso por la entidad por él representada, *"... sin que medie juicio de responsabilidad en su contra dentro del cual pueda establecerse su participación en estos eventos, con garantía de su derecho de defensa."*

En resumen, estiman que *"la norma acusada, al imponer esta sanción, por el solo hecho de ostentar la calidad de representante legal de la entidad pública, desconoce los principios de legalidad de las conductas sancionables y de las sanciones mismas, la presunción de inocencia y la observancia de las formas propias de cada juicio, estableciendo como ya lo hemos afirmado una forma de responsabilidad objetiva, inadmisibles en un Estado Social de Derecho."*

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES

1. El Ministerio de Justicia, por conducto de apoderada, intervino para defender la constitucionalidad de la disposición acusada, la cual sustenta en su conformidad con los siguientes preceptos de la Carta Política:

- El artículo 6º C.P., en cuanto preceptúa que los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

- El artículo 124 C.P., que prevé que la ley determinará la responsabilidad de los empleados públicos y la forma de hacerla efectiva.

- El artículo 210 C.P., que dispone que la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

- El artículo 90 C.P., conforme al cual, de resultar el Estado condenado a la reparación patrimonial de un daño, que ha sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, deberá repetir en su contra.

De otro lado, la interviniente expresa que lo preceptuado por la disposición acusada, es plenamente consonante con el régimen de responsabilidad patrimonial que se consagra en el Estatuto Contractual en los artículos 26-2 y 50 a 59, a cuyo contenido hace referencia.

Manifiesta, además, que el precepto acusado guarda directa relación con el artículo 54 del Estatuto Contractual y encuentra su fundamento en el artículo 88 concordante con el 90 de la Carta, a más

de propender por la efectividad de los principios rectores de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

2. Asimismo, intervino el Ministerio del Interior, para defender la consonancia de la disposición impugnada con los preceptos de la Carta Política.

Desestima los cargos que se endilgan al inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, por desconocer presuntamente los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, a partir de las siguientes razones:

- La Corte Constitucional ha sostenido que el principio de la buena fe que proclama el artículo 83 de la Carta Política, encuentra límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común.
- El legislador, en la norma acusada, ha dado desarrollo al principio de responsabilidad a que se refiere el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor, todas las personas que intervienen en el proceso contractual deben responder por sus acciones y omisiones antijurídicas.
- La disposición demandada, tampoco vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, pues la misma Ley 472 de 1998, al consagrar el trámite o procedimiento que se debe seguir, al impetrar una acción popular, expresamente señala que en este imperan **el debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.** (artículo 5)
- No es cierto que la norma imponga una sanción por el sólo hecho de tener la calidad de representante legal de la entidad pública, toda vez que el juez determina la responsabilidad del funcionario, dentro del proceso por el cual se tramita la acción popular, por violación o vulneración de los derechos e intereses colectivos.

De consiguiente, tampoco se desconoce el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, pues las partes demandadas tienen la oportunidad de ser oídas dentro del mismo, con lo que se garantiza el derecho a la defensa.

V. EL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador General de la Nación rindió, en término, el concepto de su competencia. En el que solicita a la Corte declarar **CONSTITUCIONAL** el aparte acusado.

En opinión del Jefe del Ministerio Público, la norma en cuestión no contradice las previsiones constitucionales y legales en materia de responsabilidad.

El Supremo Director del Ministerio Público, estima en primer lugar que la regulación normativa cuya constitucionalidad se cuestiona, debe ser armonizada con el Estatuto General de Contratación Pública.

En particular, considera pertinente tener en cuenta que, si bien Público conforme al inciso primero del artículo 11 del Estatuto Contractual, la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante legal de la entidad, según el caso, el artículo 12 ib., los faculta para delegar total o parcialmente dicha competencia en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o equivalentes.

Alude, asimismo, al artículo 51 de la Ley 80, en cuanto dispone que el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual, en los términos de la Constitución y la ley.

En este orden de ideas, hace referencia, igualmente, al inciso segundo del artículo 211 de la Carta Política, en el cual el Constituyente determinó que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual, según lo previsto en dicha norma, corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el delegante, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

Concluye, por lo expuesto, que es inexacta la afirmación que hacen los demandantes pues no es cierto que la norma acusada establezca la responsabilidad del representante legal en el caso de la celebración irregular de contratos que perjudiquen patrimonialmente a las entidades públicas, en el evento en que no hayan tenido participación en la formación de los mismos.

Reitera que la sola circunstancia de ostentar la condición de representante legal, no implica *per se* responsabilidad contractual, a menos que la delegación conlleve una actitud dolosa que dé lugar a las irregularidades previstas en la norma acusada.

De otra parte, el Procurador anota que tampoco es cierto que la norma acusada desconozca las distintas formalidades y derechos inherentes al principio del debido proceso.

Señala que de la sola lectura de los capítulos precedentes al Título II de la Ley 472 de 1998, al cual pertenece el capítulo en el cual se halla contemplada la norma acusada, así como la de las normas generales que regulan la responsabilidad derivada del ejercicio de las funciones públicas, se concluye que el legislador previó todos los aspectos procedimentales concernientes al derecho de defensa, los principios de legalidad de las conductas sancionables y de las sanciones mismas, la presunción de inocencia, así como la observancia de las formas propias de cada proceso.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La Competencia

Las disposición acusada pertenece a una Ley de la República. Por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad.

2. Los principios axiológicos que guían la contratación pública en el Estado Social de Derecho y la capacidad para contratar.

Conviene recordar que en la Sentencia C-449 de 1992, esta Corporación enfatizó que la actividad contractual en el Estado Social de Derecho, es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho.

En la ocasión en cita, la Corporación, además, destacó que el Congreso de la República es el órgano competente para expedir el Estatuto Contractual de la Administración Pública, de acuerdo al artículo 150, concordante con el 352 de la Carta Política, habida cuenta que ésta compromete el interés colectivo representado en el patrimonio público.

Ciertamente, entonces, la Corte sostuvo:

"...

*La **ratio juris** del estatuto contractual estriba en el hecho de que en un régimen democrático es preciso asegurar la intervención de un órgano colegiado de representación popular **en un proceso que compromete la responsabilidad y el patrimonio nacional...**"*

Resulta también pertinente recordar que en sentencia C-178 de 1996, de la que fué ponente el H. M. Antonio Barrera Carbonell, la Corporación al referirse a la capacidad para contratar, a propósito de la regulación normativa que, sobre esta temática, se consagra tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en la Ley Orgánica de Presupuesto, dijo:

"...

La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6o.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuales eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc.), así como los órganos que tienen la representación para los mismos fines (arts. 2 numeral 1o. y 11).

La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual.

.."

3. La responsabilidad patrimonial solidaria del representante legal de la entidad contratante y contratista, con los sujetos por cuya acción u omisión antijurídica en la actuación contractual, se causare detrimento patrimonial al Estado.

Ahora bien, en relación con el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, tienes que su inciso primero reconoce un incentivo económico en favor del demandante en las acciones populares a que dé lugar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, equivalente al quince por ciento (15%) del total que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Por su parte, el inciso segundo, que es el acusado, señala que para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación,

responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

En esos términos, el precepto cuestionado consagra un régimen especial de solidaridad en materia de responsabilidad de tipo patrimonial.

No encuentra la Corte fundamento en los reproches de inconstitucionalidad que se endilgan al precepto.

En efecto:

De una parte, la Corporación considera que la norma en cuestión, tiene pleno sustento en el artículo 90 de la Carta, que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, a propósito de la cual, en Sentencia C-333 de 1996, de la que fue ponente el H.M. Alejandro Martínez Caballero, esta Corte expresó:

"...

Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

...Para esta Corporación, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación,

los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces "la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual". Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 "es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual".

..."

En sentir de esta Corte, tampoco es cierto que al establecer la responsabilidad patrimonial solidaria del representante legal de la entidad contratante y del contratista, con quienes concurren a los hechos que han causado lesión a la moralidad administrativa o al patrimonio público, a causa de irregularidades en la contratación pública, la norma cuestionada haya consagrado una presunción de mala fé en su contra.

A juicio de la Corporación, la exigencia de responsabilidad patrimonial en las hipótesis previstas en el segmento cuestionado, es el resultado no del desconocimiento de la presunción de buena fe, sino de la circunstancia de ésta haberse desvirtuado, con la observancia plena de las garantías que informan el debido proceso.

Esta Corte ha sido enfática en señalar que, el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.

En efecto, desde su Sentencia T-460 de 1992, de la que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte puso de presente que, so pretexto de la vigencia de este principio, no puede hacerse nugatorio el deber de sancionar los actos contrarios a la Constitución y a la Ley. Dijo entonces la Corporación:

"...

... el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos, se haga responder al particular implicado, tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso.

..."

Ciertamente, en cuanto el segmento cuestionado armoniza con el régimen de responsabilidad consagrado en la Ley 80 de 1993, es pertinente recordar los principales preceptos relativos al régimen de responsabilidad contractual, a saber:

...

Artículo 23.- De Los Principios En Las Actuaciones Contractuales De Las Entidades Estatales. *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

...

Artículo 26.- Del Principio De Responsabilidad.

En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. 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.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

...

Artículo 50.- De La Responsabilidad De Las Entidades Estatales. *Las entidades responderán por las actuaciones,*

abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Artículo 51.- De La Responsabilidad De Los Servidores Públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

Artículo 52.- De La Responsabilidad De Los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 70 de esta ley.

Artículo 53.- De La Responsabilidad De Los Consultores Interventores Y Asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultaría, interventora o asesoría.

...

Artículo 56. De La Responsabilidad Penal De Los Particulares Que Intervienen En La Contratación Estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, y por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

..."

Por otro aspecto, para la Corte es claro que el segmento cuestionado debe también interpretarse de manera sistemática, en consonancia con el artículo 211 de la Carta, que desarrolla el artículo 12 del Estatuto Contractual, a cuyo tenor, el representante legal de la entidad contratante puede delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, caso en el cual *"la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario"*.

Así las cosas, interpretado el precepto consagrado en armonía con las disposiciones que en precedencia se citaron, debe entenderse que si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo.

Igualmente, armoniza con el principio de solidaridad (art. 1º. C.P.) pues protege la integridad del patrimonio público al consagrar un instrumento que propende por la recuperación de los dineros

del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares, amén de irregularidades en el proceso de contratación que son resultados de sus acciones y omisiones antijurídicas.

Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1º.) ; la proclamación de un orden justo (art. 2º.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.

Desde la óptica de la responsabilidad, el precepto censurado, lejos de contrariar la Carta Política, constituye cabal concreción de sus artículos 6º. y 90, los cuales consagran la responsabilidad de los servidores públicos, así como el deber para el Estado de repetir en contra de los sujetos por cuya culpa grave o dolo, se haya causado un daño antijurídico por el que haya tenido que responder.

Está también en consonancia con lo preceptuado por el artículo 123 C.P. cuyos términos categóricos reitera el artículo 209 ib., al disponer que **"los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad"** y que **" ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento;"** es igualmente compatible con el artículo 124 C.P., a cuyo tenor **"la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"** que concuerda con el artículo 6º C.P. que los hace responsables **"por infringir la Constitución y las Leyes"** y **"por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones"**, por lo que el Estado deberá repetir en su contra de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 90 C.P. **"de ser condenado"** a la reparación de un daño antijurídico **"que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo."**

Concluye la Corte, en cuanto al segmento acusado, que se trata en realidad de establecer una solidaridad legal, de carácter sustancial, entre el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurran al hecho que quebranta la moralidad administrativa y genera perjuicios al patrimonio público por la ejecución de irregularidades o mayores costos, injustificados e ilegales, solidaridad que puede establecer el legislador, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 150 de la C.P..

Con todo, para deducir esa responsabilidad patrimonial del representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurran al hecho, llámense interventores, asesores, consultores o ejecutores del contrato, etc., deberán observarse las reglas del debido proceso, incluídos naturalmente, la citación a todos ellos y la garantía del derecho de defensa.

No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.

Ha dado, pues, el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad

de los recursos públicos; ha propendido por la estricta observancia de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente, la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público. En la hora presente, sin lugar a dudas, los más altos intereses nacionales, claman por su vigorosa protección, dada su grave afectación por la corrupción que, como es sabido, también ha encontrado terreno fértil en la contratación pública.

Así habrá de decidirse.

VII. **DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase **EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en los términos de esta sentencia.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL. Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA. Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ. Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Magistrado

FABIO MORON DIAZ. Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA. Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS. Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO. Secretaria General

Tomada de www.minjusticia.gov.co