

**Responsabilidad del servidor público por infracción a la inhabilidad por parentesco
en la etapa de contractual de la contratación estatal.**



PAULA ANDREA MORENO BALLÉN

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADO

Director:

EDNA MILENA MORALES VARGAS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DERECHO

CAJICÁ, 28 DE OCTUBRE

Responsabilidad del servidor público por infracción a la inhabilidad por parentesco en la etapa de contractual de la contratación estatal.

PAULA ANDREA MORENO BALLÉN¹

Resumen

El presente ensayo es un instrumento para demostrar la importancia de verificar la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en la etapa contractual especialmente por la causal de parentesco, pues no es suficiente el estudio que se realiza en la etapa precontractual debido a que se pueden utilizar intermediarios o terceros los cuales dan aparente legalidad al trámite de celebración del contrato utilizando fachadas que esconden el verdadero contratista el cual está cobijado por la inhabilidad

El tipo de ensayo empleado es de tipo descriptivo pues examina conceptos que guardan relación con la contratación estatal los cuales llevaran a determinar la responsabilidad aplicable a los servidores públicos quienes infringen la causal de parentesco, en el proceso de contratación estatal en Colombia.

Con el fin de proteger el interés general y evitar que la contratación que realizan las entidades estatales de Colombia, se realice a través de características distintas a la calidad de los aspirantes, mérito y cumplimiento de los requisitos, es necesario que el desarrollo normativo constitucional y legal, prohíba a los servidores públicos designar bien sea de manera general o directamente a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares o relación amistosa.

PALABRAS CLAVE: Contratación estatal, responsabilidad, inhabilidad, infracción, servidor público.

¹ Estudiante de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Quien se encuentra optando a su título de abogada, trabajo de grado como resultado del diplomado en Contratación estatal. U0601605@unimilitar.edu.co

Abstract

This essay is an instrument to demonstrate the importance of verifying the violation of the legal regime of disabilities and incompatibilities in the pre-contractual, contractual and post-contractual stage, since the study carried out in the pre-contractual stage is not enough because they can use intermediaries or third parties which give legality to the process of concluding the contract using facades that hide the true contractor which is sheltered by the disability

The type of essay used is descriptive, since it examines concepts that are related to state contracting, which lead to determine the responsibility applicable to public servants who violate the cause of kinship, in the process of state contracting in Colombia.

In order to protect the general interest and prevent entry to Colombia entities, it is carried out through different characteristics to the quality of the applicants and to the merit, it is necessary that the constitutional and legal regulatory development prohibits public servants designate either in a general way or directly to people with whom they have a certain type of family ties or friendly relationship.

KEYWORDS: State contracting, liability, inability, infraction, public servant

Introducción

El presente ensayo pretende demostrar la importancia de verificar la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en la etapa precontractual, contractual y post-contractual, con el fin de evitar que se vulnere el interés general.

El legislador en uso de sus facultades ha otorgado características sancionatorias y preventivas, al régimen de inhabilidad de la contratación pública. Estableciendo causales basadas en circunstancias que recaen en la conducta esperada del interviniente de la contratación pública, especialmente las derivadas del parentesco. Con el fin de proteger el interés de todos los colombianos evitando que se genere corrupción en la contratación pública.

Para el desarrollo del presente ensayo se hace necesario, (i) explicar la condición de servidor público en Colombia, en lo que atañe al proceso de la contratación estatal. (ii) determinar cuál es el régimen de inhabilidades aplicables en la contratación estatal en Colombia, (iii) para finalmente establecer cuál el régimen de responsabilidades aplicable a los servidores públicos con funciones en la contratación estatal y resaltar la importancia de verificar la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidad en la etapa contractual en la contratación estatal en Colombia. La metodología que se utiliza en el presente ensayo es de tipo descriptivo pues se basa en la explicación de conceptos que guardan relación con la contratación estatal con el fin de determinar la responsabilidad aplicable a los servidores públicos quienes infringen la causal de parentesco en la contratación estatal.

Pregunta problema:

¿Por qué se debe verificar la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la etapa contractual en la contratación estatal en Colombia?

Objetivos

Objetivo general

Verificar la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidad en la etapa contractual en la contratación estatal en Colombia.

Objetivos específicos

- Explicar la condición de servidor público en Colombia, en lo que atañe al proceso de la contratación estatal.
- Determinar cuál es el régimen de inhabilidades aplicables en la contratación estatal en Colombia.
- Establecer cuál es el régimen de responsabilidades aplicable a los servidores públicos con funciones en la contratación estatal.

Discusión

Servidor público en Colombia

La constitución política de 1991 introduce el concepto de servidor público de forma genérica al indicar en el artículo 123 que serán servidores públicos *“los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”* En el referido artículo se señala que los servidores públicos *“están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*, entonces los servidores públicos deberán cumplir los fines sociales establecidos en la misma constitución, olvidando los beneficios personales.

En la sentencia C-563 de 1998 indica que el *“art. 123 de la Constitución, servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud,*

ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125)”.

La sentencia C-563 de 1998 señala que “el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” otorga la característica al servidor público de ser una persona natural que presta sus servicios y conocimientos, pero que dependen de las entidades estatales, “con “*excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos, así como a los miembros de las corporaciones públicas que tienen capacidad para celebrar contratos en representación de éstas (art. 2, ordinal 2°)*”.

Pero la sentencia C-025 de 2018 pretende limitar el concepto de servidor público, al establecer que ya no es “toda persona que ejerce a cualquier título una función pública” pues señala simplemente que el artículo 123 de la Constitución se debe entender por servidor público “*los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*», que «*están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*”.

Régimen de inhabilidades en la contratación estatal

Ayala dice que las inhabilidades son condiciones o situaciones que impiden a una persona natural desempeñar ciertos cargos o ciertas funciones, en forma temporal o definitiva, y responden a razones de conveniencia pública y de ética administrativa relacionadas con condenas a pena privativa de la libertad, sanciones disciplinarias, lazos de parentesco y celebración de contratos con entidades públicas.

La jurisprudencia ha señalado que las inhabilidades son limitaciones establecidas por el legislador para restringir el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas.

También han sido definidas por esta Corporación como aquellos *requisitos negativos para acceder a la función pública*, los cuales buscan simplemente hacer cumplir los principios básicos de la contratación estatal como lo son: transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, pues el único fin en que se debe enmarcar la contratación debe ser objetivo, con miras al *cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo* (Corte Constitucional, 2013)

El encargado de establecer las inhabilidades es la constitución la cual establece en su artículo 122 *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público”*

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. *Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.*

El artículo 8 de la ley 80 de 1993 y sus respectivas modificaciones establece las inhabilidades para contratar así:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

b) *Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*

c) *El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.*

d) *Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.*

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

g) *Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.*

h) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.*

k) *Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos puntos cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades*

públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política. Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías. La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales

El parentesco nace para definir los vínculos familiares y sociales de una sociedad. Según la opinión de Serrano (2011) “El parentesco que relaciona el código civil es decir parentesco legítimo e ilegítimo esta pierde sentido a raíz de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Para el mencionado autor el parentesco se da por consanguinidad, afinidad o civil, pese que en el código civil se diferencia entre el”.

El artículo 126 de la Carta los servidores públicos, entre ellos los de elección popular, “no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente”, el anterior artículo es reiterado en el artículo 292 de la Constitución política, pero dirigida a los diputados.

El artículo 35 de Código Civil, *el parentesco por consanguinidad consiste en la relación que tienen dos o más personas que descienden de un “tronco común”. Las líneas y los grados son las formas de determinar la posición y a distancia generacional. Las líneas son recta; que indica las relaciones entre personas que descienden unas de otras y se subdivide en ascendente y descendente, según sea que el cálculo lo hagamos de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo; y línea colateral, transversal u oblicua; es la que forman las personas que no descienden unas de otras pero que tienen un tronco común.* Por su parte los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, es decir, marcan la distancia generacional del tronco común. Pese a que los artículos 36,38 y 40 del Código Civil Colombiano, hablan de consanguinidad legítima e ilegítima, atendiendo la

interpretación de la Corte Constitucional sentencia C-595 de 1996, las expresiones legítimo e ilegítimo deben sustituirse por las expresiones matrimonial y extramatrimonial.

El artículo 47 del Código Civil define *“la afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer. El Código Civil a su vez define la afinidad ilegítima como la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra”*. En la sentencia C-595 de 1996, la Corte precisó que el parentesco de afinidad requiere de matrimonio o de unión marital de hecho, modificando y precisando el contenido del artículo 48 del Código Civil, y señalando que deben sustituirse las expresiones legítimo e ilegítimo por las expresiones matrimonial y extramatrimonial.

El Parentesco civil nace en el momento que se adopta, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas, adicionalmente en virtud de lo consagrado en el artículo 123 del Código de infancia y Adolescencia, con la sentencia de adopción emitida por el Juzgado de familia termina la patria potestad que los padres biológicos tenían sobre el adoptado.

Los intervinientes de la contratación estatal que se hallen incursas en alguna de las causales de inhabilidad preceptuadas en la Constitución Política y la ley, en especial las estatuidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1952 de 2019, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, no podrán participar en procedimientos de selección, ni celebrar contratos con el estado colombiano.

Responsabilidad.

La responsabilidad es un “compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita”. (Real Academia Española, 2019).

La responsabilidad en la contratación estatal tiene lugar cuando los funcionarios o exfuncionarios que intervienen en el trámite del contrato que producen perjuicios, cometen culpa grave o dolo. Lamprea (1979) dice que la responsabilidad solo se puede acreditar por medio de la entidad estatal misma y es ejecutada por sus funcionarios. La Ley 80 de 1993 desarrolla la responsabilidad como un principio, en su artículo 26 como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores del patrimonio público y una contratación semejante a la de los particulares; por tanto, conlleva una mayor responsabilidad. Se establecen supuestos en los cuales compromete no solo la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual, sino también de los servidores públicos y los contratistas intervinientes. (Consejo de Estado, 2007)

La constitución política desarrolla todo lo relacionado con la contratación estatal en sus artículos 121, 122, 123 y 124 el cual nos indica que es la ley la encargada de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, siendo la ley 80 de 1993 la encargada de plasmar la responsabilidad de los intervinientes de la contratación estatal. Así mismo la constitución en su artículo 92 faculta a cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.

El artículo 26 de la ley 80 de 1993 desarrolla el principio de la responsabilidad refiriéndose a que los primeros en cumplir los fines de la contratación ajustado a la ética, justicia entre otros, vigilar la correcta ejecución de un objeto contratado y proteger a la entidad serán los servidores públicos, quienes actuarán presididos por reglas sobre la administración de los bienes que le pertenecen al Estado Colombiano. Los servidores públicos serán responsables por sus “*sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas*”. Así mismo se señala que “*los*

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

El numeral 5° del mencionado artículo señala *que “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”*

En consonancia con el artículo 90 de la constitución política, la ley 80 de 1993 en su artículo 51 establece 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 de la ley, seguido del artículo 52 el cual indica que los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

El artículo 126 de la constitución política de Colombia hace un llamado a los servidores públicos para que, dentro de sus funciones, no nombren en su planta de personal, a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos y primos) segundo de afinidad, (suegros y cuñados) primero civil, (hijos adoptivos y padres adoptantes) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. “Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos. Carrera Administrativa” (Corte Constitucional, 1998).

Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios causados en los términos que establece la constitución y la ley.

Los motivos de la responsabilidad civil a). La ausencia de requisitos que causen perjuicios a las entidades públicas, b). A los contratistas y a terceros, la ejecución indebida y

c). La inexecución indebida. (Lamprea, 1979. p.117). Es necesario que se cumplan los presupuestos de la responsabilidad civil para poder endilgarla, esto quiere decir que es necesario demostrar que la entidad por la inexecución de contrato o por el incumplimiento del objeto contratado sufrió perjuicios.

Se puede afirmar que la responsabilidad civil tiene relación con la acción de repetición la cual encuentra su fundamento en la Constitución Política y la ley 678 de 2001 en su artículo 2 párrafo 1, toda vez que, en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos, se concibe como una defensa del patrimonio público, que se materializa a través de la posibilidad que el Estado tiene de recuperar dineros que debió pagar como consecuencia de condenas impuestas por las autoridades judiciales, que se hayan producido por dolo o culpa grave de sus funcionarios. (Consejo de Estado, 2017)

Sobre lo expresado anteriormente la corte constitucional en sentencia C-484 de 2002, señala que por mandato constitucional el régimen de responsabilidad para los contratistas respecto de la acción de repetición debe ser el mismo que se aplica a los servidores públicos, pues debe considerarse que en los términos del contrato su actuación también puede ocasionar daños como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, evento en el cual debe responder en los términos del artículo 90 de la constitución política.

Responsabilidad penal.

La Real Academia de la lengua Española (2010) define la responsabilidad penal como la “*Consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto imputable, y siempre que dicho sea contrario al orden jurídico, es decir sea antijurídico, además de punible*”.

La Corte Constitucional precisó que la responsabilidad en este caso no se predica de la calidad del actor, sino de la implicación de su rol, relacionada directamente con la finalidad del interés público. En sentencia C-563 de 1998 se puntualizó: “Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las

corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos”

La ley 80 de 1993 define la responsabilidad penal en su 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.*”

Seguido de los artículos 57 el cual especifica “de la infracción de las normas de contratación. *El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales*” Finalmente el artículo 58 de la ley 80 de 1993 menciona las sanciones de las que se harán acreedoras los servidores públicos.

El proceso penal o de responsabilidad penal es aquel que puede afectar profundamente la situación de una persona, sea servidor público o un particular, por cuanto ella afecta el derecho fundamental de la libertad, por ello su manejo es más especializado, entre sus principales características tenemos:

- La responsabilidad es individual: por lo que cada partícipe del hecho punible responde por su conducta. Solamente en los delitos culposos se predica que en algunos delitos se requiere de un tercero.

Responsabilidad Fiscal.

En el marco de la responsabilidad fiscal, la ley 610 de 2000 define la responsabilidad fiscal como el *“conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”*

La ley 610 del 2000 establece que *“la competencia para conocer de este tipo de responsabilidad está a cargo de las contralorías, en su articulado indica que se genera responsabilidad cuando en el ejercicio de la gestión fiscal los servidores públicos y particulares, causen por acción u omisión, en forma dolosa o culposa un daño patrimonial al Estado”*.

El artículo 3 de la misma ley define *la gestión fiscal como 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 es decir los interventores deben ser considerados servidores públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

La responsabilidad fiscal recae en el funcionario con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa en su gestión fiscal, es decir, en el manejo o administración de los recursos o fondos de carácter público que a su cargo se encuentran y que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la ley 610 de 2000 busca el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva Entidad Estatal. Ésta ley se refiere a la responsabilidad que existe cuando por omisión o acción en el manejo fiscal a su cargo, el funcionario o particular según el caso, cause algún daño al patrimonio público. La imputabilidad a título de culpa pues bastaba la existencia de culpa leve (parágrafo 2, artículo 4) en contraposición a la culpa grave que exige el artículo 90 de la Constitución Política de

Colombia lo que generaba cierta duda de constitucionalidad de la disposición en éste aspecto dado que la responsabilidad fiscal es la especie del género que consagra la norma constitucional. (Andrea Torres Estepa, 2013)

En la responsabilidad fiscal el elemento de la subjetividad juega un papel muy importante pues la norma hace referencia a la acción y omisión en forma dolosa y culposa dejando a un lado la responsabilidad objetiva. Respecto de la afirmación anterior la corte constitucional afirma que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente y no del cargo que ostenta. (Corte constitucional, 2014)

Para que se pueda imputar la responsabilidad fiscal se requiere verificar que la conducta del agente sea causada por acción o por omisión y que sea de tipo doloso o culposa, que el agente que cometió el injusto fiscal realice gestiones fiscales y finalmente se debe comprobar que causó una lesión del patrimonio público que representa la disminución de los recursos públicos y el incumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria se encarga de regular la conducta de los destinatarios de la ley disciplinaria que se encuentra en el artículo 25 de la Ley 1952 de 2019 el cual establece: “*Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados servicio y particulares contemplados en ley. Los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 1998, son servidores públicos disciplinables los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y que se creen y organicen por Estado o con su participación mayoritaria.*”

Este tipo de responsabilidad es ejercida por el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales, distritales. En virtud de lo anterior corresponde a las oficinas de control interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria contra los servidores públicos de sus dependencias. Según el código disciplinario este régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales que ejerzan funciones públicas, de los contemplados en

el artículo 366 de la constitución política de Colombia, administren recursos del Estado, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Régimen de responsabilidades aplicable a los servidores públicos

El tipo de responsabilidades en que incurren los intervinientes de la contratación pública que vulneran el régimen de inhabilidades por la causal de parentesco son: la responsabilidad disciplinaria y penal, de la primera se encarga la Constitución Política y el código disciplinario y de la responsabilidad penal la ley 599 de 2000.

La ley 80 de 1993 señala en el en el numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 señala que para las inhabilidades por parentesco se extenderán *“por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma”*.

El consejo de Estado (2011) estableció que existen diferentes tiempos para poder contar el plazo de aplicación de la inhabilidad: 1. A partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad o dispuso la destitución, 2. La sentencia que impuso la pena o del hecho de la participación en la licitación, 3. Después de la celebración del contrato. Estas tres situaciones engloban el total de las hipótesis de inhabilidad consagradas en la Ley de Contratación Pública

El código disciplinario “Ley 1952 de 2019” en su artículo 44 indica *“Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”*.

La Ley 1952 de 2019 señala que la responsabilidad disciplinaria se transgrede en el momento que el servidor público incumple su deber funcional constituyendo el desvalor de acción que el artículo quinto de ha denominado *como ilicitud sustancial y por lo tanto, en principio se debe realizar una adecuación típica de la conducta es decir que solo se puede responsabilizar la conducta de un servidor público por la comisión de un ilícito disciplinario que se observe la tipicidad, con la conducta del servidor se haya vulnerado el ordenamiento jurídico es decir que se cumpla la antijuridicidad y sea culpable.*

El artículo 5 de la ley 1952 de 2019 se trasgrede en el momento que el servidor público tiene el deber legal de declararse impedido “*para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho*”, pues la conducta anteriormente descrita que se encuentra el artículo 44 del código disciplinario, se configura una ilicitud sustancial como lo expone el artículo 5 del código disciplinario y será función del juzgador adecuar típicamente la conducta del servidor público y de esta manera declarar su responsabilidad.

La jurisprudencia en reiteradas ocasiones indican que “*La prohibición para el funcionario que ejerza la función, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional*”, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos; segundo de afinidad-suegros, y cuñados, o primero civil hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. (Corte Constitucional, 1998)

El derecho penal sólo opera ante la presunta existencia de comportamientos que vulneren o pongan en peligro bienes jurídicos amparados por el Estado, como la vida honra y bienes de particulares o del mismo estado, o de personas jurídicas o naturales según sea el caso, presupuesto que se configura únicamente cuando se realiza alguna conducta que pueda ubicarse dentro de los contenidos típicos a que se refiere la ley penal.

La responsabilidad penal se encuentra enmarcada en el capítulo cuarto del código penal y se denomina: de la celebración indebida de contratos, artículo 408. *“Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.*

Verificación de la inhabilidad por parentesco en la etapa contractual de la contratación estatal.

La violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades debe verificarse en todas las etapas del proceso de la contratación estatal (precontractual, contractual). Para Pabón (2015), la acción de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se debe verificar en ejercicio de las funciones públicas del actor y se puede verificar en todas las fases que comporta el proceso contractual estatal (precontractual, contractual, de ejecución, terminación y liquidación). Al verificarse solamente en la etapa precontractual que lleva consigo las fases de tramitación, aprobación y celebración del contrato establecidos en el artículo 408 de la ley 599 de 2000, se estaría irrespetando el interés general, el principio de moralidad, buena fe e igualdad establecidos en la normatividad de la contratación estatal, pues no se tiene certeza de quien es el que realmente ejecutará el contrato estatal, entendiendo lo anterior como la utilización de terceros o intermediarios que le dan apariencia legal al trámite que se celebra en la etapa precontractual. Contrario a lo que expresa la Sentencia del año 2003 donde se indica que la violación a este régimen se manifiesta solamente en las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato es decir etapa precontractual, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, argumentando que se pueden atribuir otros delitos como el interés indebido en la celebración de contratos o contrato sin cumplimiento de los requisitos legales pues son estos los que cobijan todas las etapas de la contratación estatal. Olvidando que realmente quien ejecutará el contrato estatal lo hará con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En la misma sentencia se indica que *“tener interés indebido en los contratos se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante”*.

Lo anterior refuerza la necesidad de establecer que la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades se extienda hasta su fase contractual, pues las actuaciones administrativas que se celebren en todas las etapas contractuales tienen consecuencias sobre la voluntad de la administración y más importante aún sobre la población que se beneficia de la celebración de los contratos estatales, es decir la satisfacción del interés general, si lo que se quiere es eficacia lo cual es un principio de la contratación estatal, que sea con todos los tipos penales, pues al endilgar otro delito como lo es el interés indebido en la celebración de contratos que no expresa de manera precisa pues solamente se limita a tipificar que *“ el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, olvidando prevenir que se puede vulnerar el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por la causal de parentesco en la etapa de ejecución.*

El siguiente proceso es un ejemplo de la manera en que pueden utilizar terceras personas para dar aparente legalidad al trámite de celebración de un contrato en la etapa precontractual, omitiendo verificar las siguientes etapas para saber realmente quien es el que ejecutará y recibirá el erario público; olvidando por completo el interés general y vulnerando los principios de la contratación estatal

“A petición del Concejo Municipal, el Alcalde de Manizales, Jorge Enrique Rojas Quiceno, programó la realización de un censo educativo, que se llevaría a cabo el 1° de agosto de 1998. Como los costos eran elevados, se decidió realizarlo con los empleados de la Administración. El burgomaestre dispuso que para distinguirlos vistieran camisetas con distintivos de las empresas oficiales, que efectuarían contratos informales a la luz de la ley de contratación para la confección y adquisición de esas prendas. Para cumplir esa labor

se presentó la empresa “Uniformar”, cuyo representante legal era John Faber Osorno Naranjo. Para respaldar la actividad, se vincularon con la adquisición de camisetas las siguientes empresas que pagaron a “Uniformar” estas sumas: Centro de Diagnóstico Automotor, \$ 2.737.980 (por 250 camisetas); Terminal de Transportes de Manizales, \$ 550.135 (50); Empresa Metropolitana de Aseo, \$ 1.100.271 (100); Infimanizales, \$ 2.200.543 (200); y Aguas de Manizales, \$ 1.100.271 (100). A pesar de que el alcalde delegó en diversas entidades la facultad de contratar, personalmente actuó frente a “Uniformar”, presuntamente de propiedad de John Faber Osorno Naranjo, pero que realmente pertenecía a la hermana del funcionario, Olga Inés Rojas Quiceno, persona que actuó como contratista, entregó las prendas y recibió los cheques de pago, que consignó en su cuenta personal” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 22044 26 de enero de 2006).

Se evidencia la manera en que los servidores encuentran la forma de burlar la ley aprovechando vacíos que contempla la normatividad respecto de la verificación a la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

Por otro lado, aunque la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, preceptuó que el artículo 408 del Código Penal es explícito en identificar la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades “durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas. Es importante establecer que el tipo penal en mención no es suficiente pues limita la verificación de la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por la causal de parentesco solamente a la etapa precontractual siendo esto una manera de generar actos de corrupción pues no se tiene certeza de quien realmente ejecutará el contrato. Si el tipo penal no se adiciona se estarían dejando vacíos legales en el artículo 408 de la ley penal que el servidor público y los interesados en la contratación aprovecharían para fomentar la corrupción y vulnerar a todos los Colombianos por el mal manejo de la administración.

Conclusión

El tipo de responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos que vulneran el régimen de inhabilidades por la causal de parentesco en la contratación estatal, es la

responsabilidad disciplinaria y penal. Será servidor público quien mediante una relación de tipo laboral genera un vínculo con el Estado, ocupando cargos en las entidades estatales.

La responsabilidad disciplinaria establece que es un llamado a los servidores públicos para declararse impedidos en aquellos asuntos en que se vean involucrados intereses personales o particulares, en los cuales intervengan familiares, para que se abstengan de celebrar, tramitar o conceder un contrato a sus allegados pues la consecuencia jurídica es la inhabilidad durante cinco años para celebrar contratos con entidades estatales, *a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución o a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.* Y es muy probable que se adelanten todas las investigaciones pertinentes en el ámbito penal y su consecuencia será una pena que oscila entre sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Las inhabilidades por parentesco se encuentran enmarcadas en la ley 80 de 1993 en su artículo 8, con sus respectivas modificaciones y adiciones. Adicionalmente se encuentra contemplados en la ley 1952 de 2019 “código disciplinario” en su artículo 44 y 45 y la ley 1296 de 2009 artículo 1 por el cual se modificó el inciso 3° del artículo 1° de la ley 1148 de 2007. Y debe entenderse que la inhabilidad por parentesco puede darse por consanguinidad, afinidad o civil, y su objetivo es impedir que se lleve a cabo la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía familiar con quienes ostentan cargos en las entidades estatales puedan participar en los procesos de selección pues el único fin que se estaría generando el beneficio particular, olvidando el interés general.

El presente ensayo le permite al servidor público y a quien desea contratar con el Estado comprender el tipo de responsabilidad en que puede incurrir por vulnerar el régimen de inhabilidades por la causal de parentesco y la importancia de la verificación en la etapa precontractual y contractual del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Teniendo en cuenta que las actuaciones administrativas que se celebren en todas las etapas contractuales

tienen consecuencias sobre la voluntad de la administración y más importante aún sobre la población que se beneficia de la celebración de los contratos estatales, es decir la satisfacción del interés general.

El artículo 408 de la ley 599 de 2000 “Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”, limita la verificación de la violación del mismo, al mencionar que solo será juzgado el servidor público que vulnere el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato es decir la etapa precontractual por lo que se hace necesario adicionar al tipo penal la etapa contractual que comporta la ejecución del contrato estatal para evitar que se fomenten actos de corrupción al no tener certeza de quien es el que realmente ejecutará el contrato y prevenir que se cometan delitos en contra de la administración y como resultado se vulneren los principios de la contratación estatal y el interés de todos los Colombianos.

Agradecimientos

El presente ensayo no podría haberse realizado sin los conocimientos adquiridos en el diplomado de Contratación Estatal, aportándome las nociones necesarias para estructurar un conocimiento suficiente y obtener el estudio de este ensayo.

*Agradezco al Doctor **Andrés Esteban Jaimes** por las orientaciones, sugerencias y estímulos brindados y a la Doctora **Edna Milena Morales Vargas**, quien se convirtió en la guía para la realización de este trabajo, demostrando disposición ante las dudas que durante la realización del mismo me surgieron.*

Y, por supuesto a mi familia por el apoyo incondicional en el presente proceso.

Referencias bibliográficas

Ayala, J. (2002) “Aplicación del derecho administrativo en Colombia””, Colombia: Editorial Temis.

Camacho, E. (2012) “Manual de contratación de la administración pública”, Colombia: Editorial Temis.

Escobar, R. (1989) “Responsabilidad contractual de la administración pública”. Colombia: Editorial Temis, Bogotá.

Lamprea, P. A. (1979). Contratos Administrativos: tratado teórico y práctico. Bogotá: Fondo de cultura jurídica.).

Pabón Parra, Pedro. (2015). Código Penal Esquemático. Bogotá

Real Academia de la lengua Española, 2019)

Rodríguez, L. (2011). Derecho Administrativo. Colombia: Temis S.A.

Torres, A. REVISTA PRINCIPIA IURIS N°.20, 2013-II • ISSN: 0124-2067.

Leyes

(Constitución política de Colombia, 1991)

LEY 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.

DECRETO 1510 (17, julio, 2013) Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá D.C.: Presidente de la República de Colombia Diario Oficial No. 48854 del 17 de julio de 2013 Ley 678 de 2001

Ley 1474 (12 de julio, 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

LEY 610 (15 de agosto, 2010) Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

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*”.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2000), Proceso 17088, 19 de diciembre de 2000).

Colombia, Corte constitucional (2009) Sentencia C-713/09, MP:

Colombia [Consejo de Estado, \(2001\) SIII E 13405 DE 2001](#)

Colombia, Consejo de Estado, (2011) Sentencia 19349 de 2011

(Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011).

Colombia, Corte constitucional, (2002) Sentencia C - 619/02

Colombia, Consejo de Estado, (2011) Fallo 17767 de 2011

Colombia, Consejo de Estado, (2017) Sentencia 42926 de 2017

Colombia, Corte constitucional, (2002) Sentencia C-484 de 2002

Colombia, Corte constitucional, (1997) Sentencia C – 380 de 1997

Colombia, Corte Constitucional, (1998) Sentencia C-563 de 1998

Colombia, Corte Constitucional, (2014) Sentencia C-338 de 2014

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala penal, (2003) Sentencia 14.699 de 2003.