

Delegant's supportive
patrimonial liability in
State hiring

La responsabilidad
patrimonial solidaria
del delegante en la
Contratación Estatal*

Fecha de recepción: Abril 27 de 2010

Fecha de aceptación: Junio 15 de 2010

*Carlos Andrés Tellez Roncancio***

RESUMEN

Este artículo estudia la figura de la delegación de funciones y la responsabilidad patrimonial del delegante y el delegatario, en el campo de la contratación estatal, por realizar conductas dolosas o gravemente culposas, que ocasionen daños en el desarrollo de la actividad de flegada que conlleven la responsabilidad del Estado y en especial por el incumplimiento de los deberes de control y vigilancia del delegante en la actividad precontractual y contractual del Estado.

ABSTRACT

This article studies the figure of task delegation as well as the delegant and delegatee's patrimonial liability in the field of State hiring, since they produce intentional or seriously culpable offenses that may affect the development of the task that has been delegated and that entails de State responsibility, especially due to the failure to comply with the delegant's control and surveillance duties in the pre-contractual and contractual activity of the State.

Palabras clave

Delegación, Delegatario, Delegante,
Responsabilidad patrimonial, Solidaridad,
Contratación estatal.

Key words

Delegation, Delegatee, Delegane,
Patrimonial responsibility solidarity,
State hiring.

* Artículo producto de investigación del proyecto denominado "La responsabilidad patrimonial solidaria del Delegante en la contratación estatal".

** Abogado, egresado de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Joven Investigador de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá. Colombia. Contacto: catr1946@yahoo.com.mx



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 trajo consigo una nueva forma de observar y desarrollar la figura de la delegación de funciones y la responsabilidad de quienes intervienen en dicha figura: el delegante y el delegatario.

Según el artículo 211 de la Constitución, desarrollado por el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, la delegación exime de responsabilidad al delegante, es decir, que solo el delegatario responde por los daños o perjuicios ocasionados con el desarrollo de la actividad delegada, salvo el caso de la delegación de firma en materia contractual por la cual responde exclusivamente el delegante.

Sin embargo, el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001 amplió el margen de responsabilidad al establecer que en materia contractual los actos de delegación no eximen de responsabilidad al delegante, quien responde solidariamente con el delegatario, es decir, que en materia contractual tanto el delegante como el delegatario pueden ser responsables patrimonialmente frente al Estado por realizar conductas dolosas o gravemente culposas que ocasionen daños mientras se adelanta la actividad delegada.

Más tarde, en el año 2007, el Congreso de la República expidió la Ley 1150, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, y en su artículo 21, referente a la delegación y la desconcentración para contratar, introdujo un inciso segundo al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que establece: "En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual" (Congreso Nacional de la República, 2007, artículo 21).

Dicha norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en el entendido "según el cual el delegante solo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones" (Corte Constitucional, C-693-08, Resuelve), siendo este pronunciamiento el último de una serie de fallos del mismo Tribunal Constitucional donde se declaran exequibles las normas que contie-

nen el régimen de la responsabilidad del delegante y donde se acogen tesis expuestas por el Consejo de Estado sobre esta materia, en especial los planteamientos de la Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo plasmados en la Sentencia del 31 de octubre 2007, Expediente 13503, Consejero ponente, Mauricio Fajardo Gómez.

Los tratadistas nacionales, a pesar de la importancia y del mal uso que se ha venido dando por algunos funcionarios públicos a la figura de la delegación, han abordado el tema desde un punto de vista legal y jurisprudencial para exponer su estructura y configuración, pero sin dar mayores explicaciones sobre el significado y el por qué del régimen de responsabilidades que esa figura de transferencia de funciones conlleva.

Más exactamente: se ha guardado silencio respecto al por qué la culpa in vigilando es considerada como una conducta dolosa o gravemente culposa que conlleva una responsabilidad patrimonial solidaria de los dos sujetos intervinientes de la delegación en materia contractual, cuando se ha ocasionado un daño anti-jurídico a un particular y éste al demandar al Estado ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones indemnizatorias, obligando al Estado a repetir contra el delegante para obtener el restablecimiento del erario.

Es por esto que con este artículo me he propuesto resolver el siguiente problema: ¿por qué la culpa in vigilando es considerada como una conducta dolosa o gravemente culposa que conlleva la responsabilidad patrimonial solidaria del delegante en materia contractual?, ello con el fin de determinar el por qué es tomado el incumplimiento del delegante de su deber de controlar y vigilar los actos del delegatario como una conducta gravemente culposa o dolosa que le conlleva ser responsable solidario patrimonialmente con éste en acción de repetición o llamamiento en garantía.

Con este fin se analizará el tratamiento que el ordenamiento jurídico da al tema de la delegación y de la responsabilidad patrimonial solidaria del delegante en materia contractual, y se establecerá la responsabilidad del delegante por el incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia sobre el delegatario como conducta dolosa o gravemente culposa.

Para desarrollar estos objetivos en la primera parte del artículo se abordará el marco constitucional y legal de

la delegación y de la responsabilidad del delegante, en la segunda parte se tratará la responsabilidad patrimonial solidaria del delegante en materia contractual, en la tercera parte se hará referencia a la responsabilidad del delegante por el incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia sobre el delegatario, en una cuarta parte se estudiará el incumplimiento de los deberes de inspección y vigilancia como una conducta dolosa o gravemente culposa del delegante y, por último, se darán algunas conclusiones.

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA DELEGACIÓN Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE

El Constituyente de 1991 consagró a la República de Colombia como un Estado Social de Derecho (Art. 1 C.N.) dotándolo de una serie de autoridades para que lograra asegurar el cumplimiento de los deberes sociales que la misma Carta Política le impone y, de contera, de los deberes de los particulares (Art. 2 C.N.).

Estas autoridades fueron denominadas en la Carta Política genéricamente como servidores públicos, definidos como “aquellas personas naturales que prestan sus servicios al Estado mediante una vinculación jurídica” (Pérez, 2004, p. 436), y los hizo responsables por infringir la Constitución y la ley tanto por la omisión como por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 6 C.N.).

Para hacer efectiva esa responsabilidad se estableció que la Constitución, la ley y el reglamento les atribuyeran unas funciones expresas a esos servidores públicos, dejándolos al servicio del Estado y de la comunidad, facultando al Congreso de la República para que determinara su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva (Arts. 121 a 124 C.N.).

Además, estableció que el Estado debía responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le fueran imputables, causados por las acciones o las omisiones de las autoridades públicas, imponiéndole el derecho y el deber de repetir contra ese funcionario público que con su conducta dolosa o gravemente culposa propició la condena del Ente Estatal (Art. 90 C.N.).

Por otro lado, autorizó al Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Art. 150 C.N.) y dispuso que la función administrativa debía estar al servicio del interés general, la cual podría ser desarrollada, entre otras modalidades, mediante la delegación donde las auto-

ridades administrativas deben dar aplicación a “uno de los principios rectores del ejercicio de la competencia” (Henoa, 2000, p. 10), esto es la coordinación, consistente en coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (Art. 209 C.N.).

En cuanto a esta modalidad de transferencia del ejercicio de funciones, la Constitución de 1991 radicó en el Legislador la atribución de fijar las condiciones para que las autoridades administrativas pudieran delegar en sus subalternos o en otras autoridades y determinara los recursos procedentes contra los actos del delegatario (Art. 211 C.N.).

En materia de responsabilidad eximió de ésta al delegante, y la radicó exclusivamente en el delegatario, dejando en claro que los actos del delegatario podrían ser reformados o revocados por el delegante, caso en el cual reasumiría la responsabilidad (Art. 211 C.N.).

Las anteriores disposiciones constitucionales fueron desarrolladas por el Órgano Legislativo mediante las Leyes 80 de 1993, 489 de 1998, 678 de 2001 y 1150 de 2007, sobre las cuales me referiré siguiendo el orden cronológico de su expedición.

a. El primer desarrollo legal del marco constitucional establecido por la Carta de 1991 fue la Ley 80 del 2 de octubre de 1993, con la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que tiene por objeto establecer las reglas y los principios que debían regir los contratos de las entidades estatales (Art. 1).

En el artículo 12 de la mencionada Ley y en concordancia con el artículo 2, numeral 2, literal a) de la misma, se reguló lo concerniente a la delegación en materia contractual, disposiciones que posteriormente fueron desarrolladas por el artículo 14 del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, permitiendo a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, asesor y ejecutivo o en sus equivalentes.

Además, la Ley 80 de 1993 consagró en su artículo 26 el principio de responsabilidad, en virtud del cual se dispuso que los servidores públicos responderían por sus actuaciones y omisiones antijurídicas conllevándoles el deber de indemnizar los daños que se llegaran a causar con ocasión

de dichas actuaciones (Art. 26, num. 2) y que la responsabilidad derivada de la dirección y el manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección sería del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podría 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 (Art. 26, num. 5).

- b. Posteriormente sería expedida la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, cuyo artículo 3 establecería la responsabilidad, en el sentido constitucional anotado, como principio de la función administrativa. De igual manera definiría el régimen de la delegación en nuestro país en sus artículos 9 a 14, en los cuales dispuso que mediante un acto administrativo de delegación, una autoridad podría transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, siempre que éstas tuvieran funciones afines o complementarias.

También dejó en claro este catálogo normativo que sin perjuicio de las delegaciones previstas en las leyes orgánicas, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que ostentaran una estructura independiente y una autonomía administrativa, podrían delegar la atención y decisión de sus asuntos en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente.

Para poner en práctica la figura de la delegación se estableció que esta debería realizarse a través de un acto escrito, determinándose la autoridad delegataria y las funciones o los asuntos específicos que se transfirieran y estableció para el delegante el deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya concedido e impartir las orientaciones generales necesarias sobre el ejercicio de esas funciones delegadas.

También consagró una lista enunciativa de las actividades que no podrían ser objeto de esta modalidad administrativa como la expedición de reglamentos de carácter general, salvo casos legales y expresamente autorizados, la subdelegación y las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no sean susceptibles de delegación.

En materia de responsabilidades transcribió el artículo 211 superior y eximió de manera genérica al delegante, la cual correspondería exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que el delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con observancia de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, pero también estableció que en materia de contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no eximiría de responsabilidad civil y penal al delegante.

Por último, consagró que los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarían sometidos a los mismos requisitos de expedición y recursos de impugnación establecidos por el ordenamiento jurídico para el delegante.

- c. El 3 de agosto de 2001 el Legislador expidió la Ley 678 con la cual se reglamentó lo referente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición. En su artículo 2, parágrafo 4, estatuyó que en materia contractual el acto de la delegación no eximiría de responsabilidad patrimonial al delegante, quien podría ser llamado a responder solidariamente junto con el delegatario.

Además, en su artículo 5 dejó definidas las conductas dolosas desde un punto de vista "administrativista" (Lafont Planeta, 2003, p. 942) señalando que eran aquellas conductas en las cuales un agente estatal quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

La Ley 678 de 2001 presumió o calificó (Betancur, 2009) conductas dolosas en los siguientes casos: 1) cuando se obra con desviación de poder, 2) cuando se expide un acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento, 3) cuando se expide un acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración, 4) cuando se es penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado y 5) cuando se expide una resolución, un auto o una sentencia manifiestamente contraria a derecho en un proceso judicial.

De la misma manera como lo hizo con el dolo, el Congreso de la República en el artículo 6 de la Ley bajo estudio definió las conductas gravemente culposas como aquellas en las que el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación del ejercicio de las funciones del agente estatal.

De igual manera estableció como presunciones de ese tipo de conductas o señaló (Betancur, 2009) como conductas gravemente culposas, las siguientes situaciones: 1) cuando hay violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, 2) cuando hay carencia o abuso de competencia para proferir una decisión anulada, determinada por error inexcusable, 3) cuando hay omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable y 4) cuando se viola el debido proceso en detenciones arbitrarias y en la dilatación de los términos procesales con detención física o corporal.

Sin embargo, los anteriores catálogos de presunciones de conductas constitutivas de dolo y culpa grave de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, se caracterizan, según Henao (2006), por ser *iuris tantum* o admitir prueba en contrario y por no contener una enumeración taxativa, sino meramente enunciativa dejando un campo de interpretación al juzgador en los casos concretos posibilitando que otras conductas encajen en las definiciones dadas por el Legislador del 2001, tal y como lo ha dejado entrever la Corte Constitucional (C-455-02):

Debe advertirse que las presunciones contempladas en los numerales 5 y 6 de la ley 678 no son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales. En otros términos, el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales. Así, en la medida en que dicha lista no limita al juez encargado de resolver la acción de repetición, el hecho que el régimen de presunciones se presente de manera individualizada no influye en la determinación de la responsabilidad patrimonial del sujeto accionado (fundamento 5).

- d. El último desarrollo legal se produjo con la expedición de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 con la cual el Congreso introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictó disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

En el artículo 21 de esta Ley se reguló y modificó lo concerniente a la delegación en materia contractual introduciendo un segundo inciso y un párrafo al artículo 12 de la Ley 80 y en el que dispuso que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedaban exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia en la actividad precontractual y contractual, la cual fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional (C-693/08) en el entendido de que el delegante respondería por el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia, cuando incurriera en dolo o culpa grave en el cumplimiento de dicho deber.

Del anterior catálogo normativo se pueden observar algunas características de la figura de la delegación, desarrolladas por la jurisprudencia (Consejo de Estado, 2009, agosto; Consejo de Estado, 2009, marzo; Consejo de Estado, 2008, julio; Consejo de Estado, 2007; Consejo de Estado, 2003; Corte Constitucional, T-024-96; Corte Constitucional, C-561-99; Corte Constitucional, C-382-00; Corte Constitucional, T-936-01; Corte Constitucional, C-372-02) y por la doctrina (Lamprea, 2007, p. 166; Chávez, 2005, p. 76; Berrocal, 2005, p. 57; Rodríguez, 2005, p. 54; Solano, 2000, p. 177; Hernández, 1999, p. 187; Gordillo, 2003, p. XII-16; Gómez, 2004, p. 109; Benavides, 2004, p. 171; Dormí, 2004, p. 364), las mismas son generales al estar presentes en cualquier campo de la función administrativa en que se de aplicación a esta figura, aunque en materia contractual, campo en el cual se centra este artículo, goza de ciertas particularidades de las que haré mención en su momento.

De esta manera la primera característica de la delegación que se puede observar es el carácter expreso y detallado de las funciones que van a ser objeto de la delegación, siendo improcedente como lo manifiesta la Corte Constitucional una “delegación genérica” (Corte Constitucional, C-398-95).

Otra característica consiste en el acto formal que debe expedirse para realizar la delegación, es decir, el acto administrativo de delegación en el cual se debe establecer la autoridad delegante, la autoridad delegataria y las condiciones de tiempo, modo, lugar y, para el ámbito contractual, el objeto específico del contrato a celebrarse (Ángel, 2002), siendo viable tan solo una "interpretación restrictiva" (Solano, 2000, p. 281) de este acto.

Una nueva característica es la existencia de un acto de autorización, el cual se hace indispensable para poner en práctica la figura de la delegación, consistiendo en que las condiciones y las funciones que pueden ser objeto de la delegación deben estar permitidas y determinadas por un acto del Órgano Legislativo o de una corporación o autoridad administrativa.

La figura de la avocación es otra de las características de la delegación y consiste en que el delegante puede en cualquier momento reasumir o revocar la competencia delegada para sí, motivo por lo cual también es de carácter "transitoria" (Consejo de Estado, 1998, Radicación 1089, Fundamento I; Consejo de Estado, 2003, Radicación 25000-23-24-000-2000-00548-01, Cap. V).

En cuanto a los sujetos intervinientes de la delegación, de manera general se ha manifestado que estos son los autorizados legalmente para ello y en materia contractual la calidad de autoridad delegante se ha radicado en el jefe o el representante legal de la entidad estatal, permitiéndosele que delegue total o parcialmente sus competencias contractuales en un delegatario subordinado de la misma entidad estatal, quien debe ser un funcionario que ocupe un cargo en los niveles directivos y ejecutivos.

El jefe o el representante legal de la entidad a pesar de tener la autorización legal para delegar, goza de un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no, así como del momento para hacerlo, salvo que el órgano, corporación o autoridad que expide el acto de autorización haya impuesto un término para hacer uso de esa facultad.

En el campo contractual las competencias delegables o susceptibles de ser delegadas son las facultades para ordenar y dirigir licitaciones o concursos, el acto de adjudicación, la dirección de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones, la

celebración del contrato y los actos de interpretación, modificación, terminación, liquidación, adición y prórroga de los contratos estatales.

Una última característica es la relacionada con la responsabilidad de los sujetos intervinientes en esta modalidad administrativa, es decir, del delegante y del delegatario, pero que al ser el eje central de este artículo he decidido abordarla en la siguiente parte.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA DEL DELEGANTE EN MATERIA CONTRACTUAL

Como se señaló anteriormente la responsabilidad es una característica propia de la delegación de funciones, pero en el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido fácil de asimilar por la doctrina, aunque la jurisprudencia ha hecho que este tópico sea más maleable con el fin de facilitar su aplicación en la práctica contractual y, por ello, no es un tema que deba abordarse a la ligera.

Es por esto que he escogido tratar el tema de la responsabilidad en una sección especial del artículo para una mayor claridad y, en aras de ello, parto por decir que la responsabilidad a la que haré referencia debe ser entendida en el sentido del deber que tiene una persona, en este caso el delegante, de asumir las consecuencias de un acto o un hecho propio.

Con base en lo anterior y al ser la delegación un mecanismo de transferencia de funciones y más exactamente de la competencia que se ostenta para ejercerlas, la responsabilidad en materia de delegación en un principio, y como lo ha consagrado tanto la Constitución como la Ley 489 de 1998, recae exclusivamente en el sujeto que se encuentra desarrollando la función objeto de delegación (Rodríguez, 2007).

Por esto, es imposible aceptar que la responsabilidad derivada de los procedimientos contractuales compete en forma exclusiva al representante de la entidad estatal como lo manifiesta Lamprea (2007), puesto que mientras el jefe o el representante legal de la entidad estatal ostenta su competencia de adelantar procesos contractuales, la responsabilidad derivada de la misma radica exclusivamente en él, pero cuando decide trasladar dicha competencia a uno de sus subordinados a través de un acto administrativo de delegación, traslada tanto la competencia como la responsabilidad, radicándola en el delegatario.

De lo anterior se puede deducir que existe una regla general en la delegación de funciones en cuanto a la responsabilidad que le genera a sus intervinientes, según la cual, únicamente será responsable el delegatario al ser el sujeto que desarrolla la competencia delegada (Rodríguez, 2007). Sin embargo, esta regla general admite excepciones las cuales no solo están consagradas legalmente, sino que devienen de la misma Constitución.

- a. La primera excepción a la regla general señalada se deriva del artículo 12 de la Ley 489 y consiste en la avocación que haga el delegante de la competencia delegada, es decir, cuando éste reasume la competencia que ha delegado y, por ende, la responsabilidad derivada del ejercicio de la misma, según las razones expuestas anteriormente.
- b. Una segunda excepción es la contenida en el artículo 211 Superior y que consiste en la revocación que realice el delegante del acto de delegación o de los actos proferidos por el delegatario en el desarrollo de la misma y de la reforma de los actos expedidos por el delegatario en el ejercicio de la función objeto de delegación, actividades con las cuales esta "reasumiendo la responsabilidad consiguiente" (C.P, Art. 211), según los términos de la Ley Fundamental.

Esta excepción, además del origen constitucional señalado, tiene un desarrollo legal que trae una nueva arista en la regulación general de la figura de la delegación y que deviene de la Ley 489 de 1998, la cual impuso al delegante el deber de controlar o vigilar al delegatario, impartándole orientaciones generales para el correcto ejercicio de las funciones delegadas.

Esta regulación condujo a que a nivel jurisprudencial, aunque un sector de la doctrina ya lo había señalado, se hablara de la existencia de un "vínculo permanente" (Hernández, 1999, p. 205; Lamprea, 2007, p. 166; Corte Constitucional, C-372-02, Fundamento 8; Consejo de Estado, 2005, Segunda acusación; Consejo de Estado, 2008, marzo, Considerando 3.3) y "especial" (Consejo de Estado, 2008, marzo, Considerando 3.3) entre el delegante y el delegatario que subsiste mientras el acto de delegación permanece vigente y que le permite ejercer al primero de un poder permanente de instrucción o de orientación sobre el segundo para producir una mayor eficacia en la gestión delegada, pero de este deber se hablará en la tercera parte del artículo.

- c. Pasando a una tercera excepción el Procurador General de la Nación dentro de la demanda de inconstitucionalidad incoada contra el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, Sentencia C-372 de 2002, y, por otro lado, De Lafont Pianeta (2003) dejaron en evidencia que la realización de una delegación parcial haría que la responsabilidad no se radicara exclusivamente en el delegatario sino que estuviera en cabeza de los dos sujetos intervinientes de la delegación de una manera solidaria.

Esta excepción encuentra su fundamento en que el delegante al no desprenderse completamente de sus competencias conserva cierto grado de gestión sobre la misma, con lo cual comparte el ejercicio de la función y, por ende, la responsabilidad derivada del ejercicio de la misma con el delegatario.

De otro lado, lo que pudo haber sido una cuarta excepción a la regla general de que la responsabilidad en la delegación recae exclusivamente en el delegatario fue la circunstancia expuesta por Hernández (1999) y Benavides (2004) según la cual el delegante sería responsable por el hecho de delegar funciones contractuales en funcionarios diferentes a los autorizados por la ley.

Sin embargo, la Corte Constitucional (C-372-02) ha dejado cerradas las puertas a la posibilidad de que el delegante fuera responsable por el solo hecho de haber delegado funciones contractuales a empleados públicos diferentes a aquellos que ocupan cargos en los niveles directivos y ejecutivos de la entidad, en aras de salvaguardar los principios consagrados en el artículo 209 Superior considerando que:

Si bien la titularidad de la contratación estatal ha sido radicada por el legislador en el jefe o representante legal de la entidad, esta circunstancia no excluye que, por la naturaleza y el nivel del empleo y por el tipo de atribuciones a cargo de este funcionario, pueda él, cuando lo estime procedente para dar cumplimiento a los principios de la función administrativa, vincular a otros funcionarios de la entidad para que participen también en la gestión contractual del Estado. Con tal finalidad, el jefe o representante legal dispone de instrumentos de gestión a los cuales puede acudir, entre ellos a la delegación total o parcial de sus competencias para celebrar contratos en servidores públicos de la entidad (Fundamento 7).

Claro está que en este último evento no se deja eximido totalmente al delegante de responsabilidad, puesto que aún se puede predicar la misma cuando al delegar sus funciones contractuales en cualquier empleado de la entidad se configure una de las excepciones expuestas anteriormente.

- d. Una cuarta excepción a la regla general mencionada, aunque no es de aplicación general como las anteriores al estar especialmente circunscrita a la contratación estatal, es el acto de firma expresamente delegada.

Este especie de delegación se caracteriza por no eximir de responsabilidad al delegante, puesto que no conlleva la transferencia de competencias típica de toda delegación sino la mera asignación de una tarea, la cual se materializa con la simple suscripción de un documento (Corte Constitucional, C-727-00) sin conllevar el natural traspaso de competencias y de responsabilidades las cuales siguen en cabeza del delegante de firma. Esta excepción se tratará más adelante con detenimiento.

La responsabilidad a la que he venido haciendo referencia se caracteriza por ser “plena” (Lamprea, 2007, p. 45), es decir, que puede ser de carácter penal, disciplinaria, fiscal y civil o patrimonial, según la conducta que haya realizado el delegante y la infracción que con ocasión de la misma haya cometido, lo cual encuentra sustento jurídico en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993.

La última de las responsabilidades enunciadas tiene su fundamento constitucional en la segunda parte del artículo 90 de la Ley Fundamental, el cual consagra una responsabilidad de corte subjetivo (Henaó, 2006; De Lafont Pianeta, 2003) en materia de acción de repetición.

El objeto de la acción de repetición es resarcir al erario público en caso de haberse visto afectado por la cancelación de una obligación indemnizatoria de origen judicial o extrajudicial por parte del Estado, con el fin de reparar un daño antijurídico sufrido por un particular o una entidad estatal, siempre y cuando haya estado mediado por una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes.

Como consecuencia del tipo subjetivo de responsabilidad que rige, se desprende que la configuración de la responsabilidad patrimonial necesita de la identificación clara de una conducta propia del agente estatal, que se haya comprobado el dolo o la culpa

grave en la realización de la misma o el supuesto de hecho de alguna de las presunciones contenidas en la Ley 678 de 2001 estudiadas en la parte anterior de este artículo (Corte Constitucional, C-374-02), la existencia del daño ocasionado, y la relación de causalidad entre éste y la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario público.

Respecto a esta clase de responsabilidad, el ordenamiento jurídico ha consagrado un tratamiento especial en el ámbito de la delegación en contratación estatal, el cual fue concebido con un campo de acción bastante restringido al haberse circunscrito en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 a la “pseudodelegación” (Chávez, 2005, p. 81).

Como se mencionó, esta especie de delegación constituye una cuarta excepción a la regla general mencionada que no es de aplicación general como las otras tres excepciones al estar circunscrita a la contratación estatal.

Sin embargo, con la Ley 678 de 2001 se ampliaría dicha excepción, al establecerse el carácter solidario de la responsabilidad patrimonial derivada ya no del acto de firma expresamente delegada sino de todo acto de delegación en materia contractual conllevando a que el jefe o representante legal de la entidad estatal, junto con el delegatario, compartan responsabilidades por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas.

Una interpretación aislada de esta disposición legal podría llegar a hacer creer que el delegante sería responsable no solo por sus conductas dolosas o gravemente culposas, sino también por las conductas dolosas o gravemente culposas del delegatario en un sentido estricto.

Sin embargo, la realidad es otra cuando la anterior disposición es confrontada con el ordenamiento jurídico en su conjunto y se encuentra con el principio de la responsabilidad subjetiva contenido en la segunda parte del artículo 90 Constitucional, y es en aras de la protección de dicho principio, y por una correcta interpretación de la Ley 678 de 2001, que la Honorable Corte Constitucional (C-372-02) dejó en claro que la responsabilidad patrimonial del delegante se presenta según su grado de participación en el hecho.

Por tal motivo, esta cuarta excepción se materializa, además de la delegación de firma, en otras tres si-

tuaciones, a saber: la primera, cuando haya actuado con dolo o culpa grave utilizando al delegatario como un mero instrumento de su conducta ocasionando un daño durante el desarrollo de las funciones delegadas; la segunda, cuando se presenta un concurso de conductas de carácter doloso y gravemente culposo provenientes de delegante y del delegatario en la producción del daño durante la gestión de la competencia delegada, y la tercera, la cual se deriva de la exequibilidad condicionada del parágrafo cuarto del artículo 2 de la Ley 678, cuando el delegante actúe con dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones ocasionando un daño.

Para cerrar esta segunda parte del artículo es necesario señalar que el tratamiento dado a la responsabilidad patrimonial derivada de la delegación contractual ha cobijado, además de las cuatro excepciones anteriormente señaladas, otra excepción a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 21, inciso segundo, estableció que los jefes y representantes legales de las entidades estatales no quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia sobre los actos del delegatario.

Con esta nueva disposición se ha consagrado la responsabilidad in vigilando del delegante en el ámbito de la contratación estatal, la cual se expondrá en la siguiente parte del artículo como punto central del mismo.

LA RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES DE CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE EL DELEGATARIO

Como se dijo en la primera parte y al final de la segunda de este artículo, el Congreso de la República expidió la Ley 1150 de 2007 con la cual se agregó una circunstancia en la que el delegante puede llegar a ser responsable patrimonialmente en materia contractual. Dicha circunstancia hace referencia al incumplimiento de los deberes de controlar y vigilar los actos del delegatario.

En este aspecto, la Ley, bajo estudio, lo que en realidad hizo fue blindar el contenido del numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el cual había establecido que la responsabilidad derivada de la dirección y el manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección sería del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podría trasladarla.

Pero para seguir con la línea de argumentación que desarrollé en la segunda parte de este artículo, se puede afirmar que el incumplimiento de los jefes y representantes legales de las entidades estatales de sus deberes de control y vigilancia, dentro de los cuales hacen parte la dirección y el manejo de la actividad contractual de la entidad, es una quinta excepción a la regla general que pone de presente como en la delegación la responsabilidad recae exclusivamente en el delegatario cuando se habla de adelantar procesos contractuales.

Según el inciso segundo del artículo 21 de la referida Ley: “En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual” (Congreso Nacional de la República, 2007, artículo 21).

A partir de esta disposición legal se colige que los “deberes de control y vigilancia” (Congreso Nacional de la República, 2007, artículo 21) son en todo momento de obligatoria observancia para los jefes y representantes legales de las entidades estatales, incluso cuando han delegado las competencias relacionadas con la realización de procesos de contratación, que en un principio el ordenamiento jurídico ha radicado en ellos al ser los servidores públicos de más alta jerarquía en las entidades gubernamentales.

Para entender el alcance total de la citada disposición es necesario empezar por indicar que los “deberes” (Congreso Nacional de la República, 2007, artículo 21) a los que se hacen referencia en ella no son una novedad en materia de responsabilidades ni mucho menos se puede hacer alusión a la norma de la Ley 1150 como una disposición que hace efectiva su aplicación, puesto que siempre han estado presentes en el ordenamiento jurídico.

Se debe comenzar por señalar que los deberes aludidos fueron establecidos por la Constitución Política de 1991 en su artículo 211 y desarrollados por el Legislador a través de las Leyes 80 de 1993 y 489 de 1998, en las cuales no se limitó al simple desarrollo legal de los mismos, sino que introdujo unos nuevos en la normativa colombiana.

a. El primero de esos deberes a los que hace referencia la Ley 1150 de 2007 es el contenido en el artículo 10 del Estatuto Orgánico de la Administración Pública y que hace referencia al impartir

orientaciones generales al delegatario, el cual es una manifestación del poder de instrucción al que hice referencia con anterioridad y que se materializa a través del acto administrativo de delegación o con mecanismos o decisiones posteriores que tomó el delegante, como lo sería la avocación.

Sobre este deber es bueno tener en cuenta el alcance que puede llegar a tener si se le da una aplicación correcta y que plantea Ángel (2002) cuando señala que:

El acto de delegación debe contemplar, además del objeto específico del contrato los objetivos que pretende la entidad al celebrarlo, objetivos que deben coincidir con los planes y programas de desarrollo pertinentes, según el orden territorial al cual pertenezca la entidad. Los objetivos así previstos deben servir de base para el ejercicio del control que debe ejercer el jefe de la entidad, o quien ha hecho la delegación (p. 711).

Ese contenido del acto de delegación, al que hace referencia el autor citado, es de suma importancia en la materia estudiada, puesto que de permitírsele al delegante la fijación de ese contenido a su voluntad o conveniencia, la delegación no tendría razón de ser, si se tiene en cuenta que esta modalidad de la función administrativa debe estar al servicio del interés general y siempre debe ser ejercida con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209, C.N.).

Es por esos mismos principios que considero acertado que esas instrucciones u orientaciones tengan como base los planes de desarrollo de la entidad y del sector a que se encuentre adscrita o vinculada la misma, los cuales ya han sido adoptados teniendo en cuenta una serie de necesidades y objetivos a alcanzar, en los que la contratación juega un papel muy importante siendo el jefe o representante de la entidad el primero en ser responsable por el alcance de los mismos y la forma de hacerlo.

- b. Otro de los deberes es el consistente en revisar los actos expedidos por el delegatario contenido en el artículo 211 de Carta Política y desarrollado por el artículo 12 de la Ley 489, el cual se debe ejercitar de acuerdo a las disposiciones de la primera parte del Código Contencioso Administrativo.
- c. Un tercer deber radicado en el delegante, que en el caso de la contratación estatal, como mencioné

anteriormente, es el jefe o representante legal de la entidad, y que está consagrado en el artículo 211 Superior, consiste en reformar los actos expedidos por el delegatario, según lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

- d. Otro de los deberes es el consagrado en el artículo 211 de la Ley Fundamental, que hace referencia a la revocación de los actos proferidos por el delegatario para la cual hay que seguir las disposiciones que el Código Contencioso Administrativo consagra para la revocatoria directa de los actos administrativos.
- e. El artículo 10 de la Ley 489 de 1998 impone al delegante el deber de informarse sobre el desarrollo de la delegación, lo que implica llevar a cabo un control directo y permanente respecto de la gestión adelantada por el delegatario para percatarse de la presencia de irregularidades durante el ejercicio de las funciones delegadas por parte del delegatario.
- f. Un deber más es el de reasumir la competencia delegada, el cual fue establecido por el artículo 12 de la Ley 489 y hace referencia a la avocación tratada en la primera parte de este artículo y que es procedente en todo momento, pero sobre todo en aquellos casos en que resulta necesario reasumir las funciones delegadas después de que el delegante advierta que el delegatario ha incurrido o puede llegar a incurrir en irregularidades durante el desarrollo de las funciones delegadas.
- g. El último de los deberes es el consagrado en el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y consiste en dirigir y manejar la actividad contractual y los procesos de selección cuya responsabilidad es inherente a las competencias del Jefe o representante legal de la entidad.

La disposición normativa del inciso segundo del artículo 21 de la Ley en estudio ha evidenciado que los anteriores deberes son una parte intrínseca de las funciones del cargo de jefe o representante legal de una entidad estatal que jamás dejan de estar en cabeza del funcionario que lo ocupe, a pesar de mediar un acto de delegación y en caso de no darse observancia a los mismos (Rodríguez, 2007) se puede llegar a responder patrimonialmente frente al Estado por los daños que éste se viera obligado a indemnizar como consecuencia de las actividades del delegatario.

Pero no se puede pasar por alto que la disposición anotada fue objeto de una declaración condicionada de exequibilidad en el entendido de que “el delegante solo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones” (Corte Constitucional, C-693-08, Resuelve).

Ello por cuanto la delegación conlleva un vínculo permanente entre el delegante y el delegatario y que se refleja precisamente en cada uno de los aludidos deberes, los cuales se ven reforzados con el principio de la “unidad de la administración” (Corte Constitucional, C-372-02, Fundamento 10; Consejo de Estado, 2008, marzo, Considerando 3.3) que hace posible impartir efectivamente políticas u orientaciones generales al delegatario para que conozca los planes, metas y programas institucionales permitiéndole que las plasme en sus actuaciones.

Ese conocimiento por parte del delegatario sin lugar a dudas es importante para que desarrolle eficientemente la competencia delegada pero es mucho más importante para el delegante, puesto que una correcta planeación de la gestión contractual que se va a delegar le permite posteriormente ejercer un pleno control sobre la actividad que va a realizar el delegatario.

Además, una interpretación sistemática del artículo 211 Superior con los artículos 1, 2, 6, 90, 123, 124 y 209 de la Constitución permite observar que la delegación de ninguna manera exime totalmente de responsabilidad al delegante, no se desprende de sus deberes de dirección, orientación, instrucción, vigilancia y control sobre los actos del delegatario, respondiendo por sus acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas durante el ejercicio de este tipo de actuaciones.

También se apoya esa exequibilidad en la interpretación teleológica o histórica del mismo artículo 211 de la Ley de Leyes que nos conduce al fin preciso que deseó el Constituyente de 1991 al impedir la separación completa de la titularidad de la función y de su correspondiente responsabilidad, quedando radicada tanto “en quien delega como en quien se delega” (Ibáñez, 2007, p. 220).

Es oportuno señalar que pueden ocurrir eventos en los que la omisión del delegante, en el cumplimiento de los pluricitados deberes, esté supeditada a circunstancias que le impiden ejercerlo de manera recta

respecto de la forma en que se ejecute la actividad precontractual o contractual delegada, sin que exista dolo o culpa grave de su parte.

Un ejemplo de esto sería cuando las actuaciones realizadas por el delegatario, en ejercicio de la función delegada, ocasionan un daño y están mediadas por acciones u omisiones propias de carácter doloso o gravemente culposas que impiden al delegante evitarlas mediante el despliegue de alguno de los deberes expuestos.

De aceptarse la responsabilidad del delegante en la anterior circunstancia, también se debe aceptar que cualquiera que sea la actuación que realice el delegatario su responsabilidad jamás se vería comprometida y aquél respondería siempre por actos propios del delegatario, avalándose la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, lo que claramente está proscrito del ordenamiento constitucional en el campo de la responsabilidad patrimonial, la cual está regida por el principio de la responsabilidad subjetiva de los agentes estatales, como se observó anteriormente.

Este fue otro de los fundamentos que contribuyó a la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, la cual conllevó el establecimiento de una responsabilidad subjetiva de los servidores públicos en materia patrimonial, mediada por sus propios actos u omisiones, según el grado de culpa o el dolo que medie en su actuar.

Otro de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional fue la consagración en el artículo 209 Constitucional del principio de coordinación administrativa que implica la presencia de cierto grado de jerarquía funcional entre las autoridades que ejercen funciones administrativas.

Este principio impone el deber al superior jerárquico de coordinar las labores que sus subordinados deben ejecutar y que se materializa a través del uso adecuado de los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, haciéndolo responsable por la orientación, vigilancia y control que imparta sobre sus subalternos.

Es oportuno anotar que este principio no desaparece con el uso de la delegación de funciones si se tiene en cuenta que ésta se caracteriza por ser un “principio organizacional” (Corte Constitucional, C-561-99, Fundamento 2.1) de la función administrativa o una de las



modalidades con las cuales se desarrolla ella y de la cual la coordinación es uno de sus principios rectores.

Además, se pudo observar que entre los requisitos que se han establecido para la procedibilidad de la delegación está la de ser realizada discrecionalmente por un superior jerárquico hacia su subalterno, es decir, del delegante, a quien se le han impuesto los deberes de control y vigilancia que no son más que otra manifestación de la presencia de ese principio de coordinación, hacia el delegatario.

Sin embargo, es necesario para comprender el estado actual de la responsabilidad del delegante, entender por qué al desatender el jefe o representante legal de la entidad el ejercicio de sus deberes constitucionales y legales, se configura una conducta dolosa o gravemente culposa que le puede significar el ser responsable patrimonialmente en forma solidaria con el delegatario.

EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA COMO CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

Para empezar es necesario analizar la forma en que se configuraría el dolo y la culpa para lo cual Cuestas y Ronderos (2005) plantean que:

El criterio para la graduación entre el dolo y la culpa grave está determinado por el grado de intencionalidad en la producción de la conducta generadora del daño antijurídico, la magnitud del descuido, el grado de imprudencia, la obligatoriedad de conocer las disposiciones aplicables y la obligatoriedad de actuar o de abstenerse de actuar conforme haya sido dispuesto en el ordenamiento jurídico (p. 25).

Por ello, hay que recordar que claramente la Constitución y la ley han impuesto al delegante una serie de deberes encaminados a vigilar y controlar las actuaciones que realice el delegatario como se señaló anteriormente y, por ende, la ausencia de dicha vigilancia y control constituye una omisión que, al tenor de los artículos 6 y 90 Fundamentales, le hacen responsable patrimonialmente de encontrarse que su actuación está impregnada por el dolo o la culpa grave del agente.

Pero ese grado doloso o gravemente culposo que exige el principio de la responsabilidad subjetiva no

se predica únicamente del obrar omisivo, puesto que también puede estar presente en el cumplimiento de los deberes que se han radicado en cabeza del delegante.

En realidad, el simple ejercicio de actividades tendientes a cumplir con los deberes inherentes a la delegación no constituye de por sí el haberlos desarrollado de manera eficaz, puesto que el jefe o representante legal pudo haberlos ejecutado de manera negligente o de manera errónea, inadecuada o insuficiente incidiendo significativamente en las actuaciones del delegatario.

Ese ejercicio negligente le conlleva al delegante una responsabilidad por su culpa in vigilando, si se tiene en cuenta que en la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2001 se habla del "recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual" (Corte Constitucional, C-693-08, Resuelve).

Un ejemplo del caso descrito puede ser el haber impartido instrucciones u orientaciones erradas al delegatario ocasionándole un daño antijurídico a alguna persona natural o jurídica mientras éste ejercía la función objeto de delegación, obligado al Estado a indemnizar a esa persona.

Dentro de los aspectos que es necesario tener en cuenta al analizar las conductas desplegadas por el delegante para controlar o vigilar al delegatario como lo manifiesta Galindo (2006):

Será menester considerar el ordenamiento legal y el perentorio mandato del artículo 6º de la Carta Política cuando expresa que los servidores públicos son responsables por infringir la constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por tal motivo, esos dos aspectos, la violación de la ley y la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, constituyen indispensables elementos para examinar la conducta del funcionario, para ver si se le puede calificar de gravemente culposo o doloso (p. 85).

Siguiendo al autor citado, después de no haber cumplido el delegante con sus deberes o de haberlos atendido de manera negligente se deben examinar esas conductas con el objetivo de determinar si se está frente a una conducta de tipo doloso o gravemente culposo.

Para ello se debe empezar por traer a colación la Ley 678 de 2001, la cual presumió el dolo y la culpa grave en ciertos casos y que de incurrir la conducta del delegante en los supuestos de hecho de esas presunciones se estaría efectivamente ante una conducta dolosa o gravemente culposa, según el caso, aunque el delegante puede demostrar lo contrario.

En este sentido, de haber ocurrido un daño que haya llevado al Estado a sufragar una indemnización como consecuencia de la declaración de nulidad de un acto administrativo precontractual, expedido por el delegatario con base en la existencia de una conducta constitutiva de desviación de poder del delegatario o en la falsa motivación del acto administrativo proferido por éste, y el delegante pudiendo no impartió las orientaciones generales necesarias o las impartió de manera negligente, no revisó el acto o no lo reformó o simplemente no lo revocó, se estaría ante la presencia de una conducta dolosa del delegante.

Pero estas no son las únicas conductas que pueden encajar en los supuestos de hecho de las presunciones, puesto que si el jefe o representante de la entidad no se informó correctamente del desarrollo de la delegación o no reasumió la competencia para expedir ese acto precontractual, después de advertir alguna irregularidad, también se configuraría una conducta dolosa del delegante.

De igual manera, si judicialmente se halló responsable penal o disciplinariamente al delegante a título de dolo por un daño que conlleva a la responsabilidad patrimonial del Estado, se estaría ante la presencia de una conducta dolosa del delegante ya probada.

Sin embargo, hay que aclarar que en este último evento el dolo declarado en esos procesos judiciales y administrativos no sería el dolo del sentido administrativista definido por la Ley 678 de 2001, sino el del sentido penal y disciplinario manejado por el Código Penal y el Código Disciplinario Único, pero que por mandato de la mencionada Ley son consideradas conductas dolosas del delegante que le conllevan una responsabilidad patrimonial.

Por las anteriores razones de haber ocurrido un daño que haya llevado al Estado a cancelar una indemnización como consecuencia de la declaración de nulidad de un acto administrativo precontractual expedido por el delegatario con base en la infracción de las normas superiores en las que debía fundarse el acto administrativo o en la incompetencia del delegatario

mediada por un error inexcusable del mismo delegatario y en la expedición irregular del acto, siempre que se trate de la ausencia de una formalidad sustancial por un error inexcusable del mismo delegatario, y el delegante pudiendo no impartió las orientaciones generales necesarias o las impartió de manera negligente, también se estaría ante la presencia de una conducta gravemente culposa del delegante.

De la misma manera, si en las anteriores situaciones el delegante no revisó, reformó o revocó el acto administrativo expedido por el delegatario, no se informó correctamente del desarrollo de la delegación o no reasumió la competencia para expedir ese acto precontractual después de haber advertido alguna irregularidad, se configuraría una conducta dolosa del delegante.

Por lo anterior, si el legislador del 2001 presumió algunas situaciones que están mediadas por conductas que llevan envueltas el dolo o la culpa grave de los agentes estatales, dentro de las cuales claramente puede encajar la omisión del delegante de cumplir con sus deberes de control y vigilancia, de ser así, le acarrearía por esa sola razón, responsabilidad patrimonial y solidaria con el delegatario.

Dejando de lado las presunciones legales anteriores y como se observó en la primera parte de este escrito, el artículo 5 de la Ley 678 de 2001 definió el dolo en el campo del Derecho Administrativo y más exactamente dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales entendiendo por este el querer del servidor público para realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado o la intención del funcionario para producir un hecho totalmente ajeno a las finalidades de la función administrativa, es decir, que aquí “la intención tiene en consecuencia una relación directa con la conducta consciente del agente tendiente a producir un resultado” (Cuestas y Ronderos, 2005, p. 22).

Con base en ese concepto de dolo, el delegante puede llegar a tener la intención de dejar de cumplir con sus deberes de controlar y vigilar la actividad delegada por determinado motivo para buscar un objetivo diferente a los fines que la Constitución y la ley han fijado para el Estado Social de Derecho los cuales habrán de ser objeto de prueba en el momento en que se pretendan enjuiciar.

Sin lugar a dudas, el gran problema de configurar la omisión o el cumplimiento erróneo de los deberes del



delegante como una conducta dolosa es el probar la intención que medió ese actuar, dado que el móvil volitivo del agente rara vez es exteriorizado de una manera concreta o por lo menos percible por el afectado o el Juez Contencioso Administrativo a la hora de juzgar.

Sin embargo, a pesar de los problemas probatorios que implica el actuar doloso del delegante a la hora ejercer sus deberes el solo hecho de querer dejar de cumplir con los mismos o la intención de desplegarlos de manera equivocada, inadecuada o insuficiente para buscar objetivos diferentes a los establecidos por el Constituyente y el Legislador, es un motivo suficiente para tomar tal actitud como una conducta dolosa por parte del delegante como para que responda patrimonialmente por los daños causados por su conducta de ser ésta la fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado.

Lo anterior tiene apoyo en las mismas razones que encontró la Corte Constitucional para decidir la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, es decir, en que el artículo 211 de la Constitución no excluye completamente de responsabilidad al delegante, puesto que a pesar de que el jefe o representante de la entidad haya transferido su competencia de desarrollar procesos contractuales no ha trasladado los deberes que la misma Carta Política le ha impuesto como servidor público y como delegante.

Por ello el principio de coordinación administrativa que no desaparece por el hecho de haber trasladado competencias a través de la delegación le impone como servidor público, delegante y superior jerárquico el deber de coordinar las labores que sus subordinados deben ejecutar "para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado" (C.P, Art. 209).

Por tal motivo, el querer prescindir del recto cumplimiento de esos deberes concretados en el control, inspección y vigilancia de los delegados para realizar un hecho ajeno a los fines estatales hacen que esa conducta sea catalogada como dolosa y haga al jefe o representante legal de la entidad responsable patrimonialmente frente al Estado, pero en este caso no de manera solidaria frente al delegatario pues éste estaría siendo utilizado como un mero instrumento por el delegante.

En relación a la configuración de la culpa grave, como se señaló en la primera parte de este documento, el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 la definió como aquella en la que el daño producido es consecuencia

de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Como dije anteriormente, una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 6, 123, 124, 209 y 211 de la Carta Magna y el querer del Constituyente respecto de este último canon constitucional dejan en claro que la delegación no excluye al delegante de responsabilidad puesto que aún se predica su responsabilidad del correcto ejercicio de sus deberes.

Esos deberes precisamente son los de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales, cumplir con la Constitución y las leyes, servir al Estado y a la comunidad, coordinar sus actuaciones, impartir orientaciones generales, revisar los actos del delegatario, reformar los actos del delegatario, revocar los actos del delegatario, informarse sobre el desarrollo de la delegación, reasumir la competencia delegada y dirigir y manejar la actividad contractual y los procesos de selección.

Por lo tanto, si el jefe o el representante de la entidad estatal decide no ejercer adecuadamente los mencionados deberes, claramente está infringiendo la Constitución y la ley, puesto que están contenidos en ellas y al ser concretados a través del despliegue activo de conductas del delegante, conllevan una omisión del ejercicio de las mismas, es decir, que evidentemente se estaría actuando de manera gravemente culposa y más aún si lo que se hace es cumplir con los deberes de manera negligente de donde se derivaría su responsabilidad por la culpa in vigilando.

CONCLUSIONES

Al comenzar con este escrito me propuse esclarecer el por qué es tomado el incumplimiento del delegante de su deber de controlar y vigilar los actos del delegatario como una conducta gravemente culposa o dolosa que le conlleva al delegante ser patrimonialmente responsable de manera solidaria con el delegatario.

Para ello partí de la forma como la Constitución Política y los desarrollos legales de la misma caracterizaron a la figura de la delegación de competencias e impusieron una regla general en materia de responsabilidad derivada de esta figura la cual quedaba radicada de manera exclusiva en el delegatario, pero a través de un estudio del marco constitucional y legal de esa modalidad de la función administrativa se evidenciaron cinco excepciones a esa regla general.

La última de esas excepciones está conformada por la responsabilidad derivada por la denominada culpa invigilando o la omisión en el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia por parte del delegante sobre los actos del delegatario.

La disposición legal que contiene esta excepción fue declarada exequible condicionalmente a través de la Sentencia C-693 de 2008 bajo el entendido de que el delegante respondería del recto ejercicio de esos deberes si ello constituía una conducta dolosa o gravemente culposa.

De ese fallo de la Corte Constitucional surgió el interrogante planteado y que dio origen a este artículo, el cual se resolvió mostrando que los deberes a los que se refería la norma no desaparecerían por el hecho de

la delegación y que radicaban en cabeza del jefe o representante legal de la entidad estatal.

Así en este artículo se ha demostrado que la omisión o el cumplimiento defectuoso de esos deberes son tomados como conductas dolosas o gravemente culposas porque la Ley 678 de 2001 consagró unas presunciones que hacen que ese actuar del delegante encaje en los supuestos de hecho de algunas de esas presunciones y porque la sola intención del delegante de dejar de atenderlos para buscar un objetivo diferente al cumplimiento de los fines del Estado configuran una conducta dolosa, además de que el incumplimiento de esos deberes es de por sí una infracción directa a la Constitución y a la ley y una inexcusable omisión al ejercicio de sus funciones como jefe o representante legal de una entidad estatal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ángel, A. (2002). La delegación de funciones y atribuciones en materia de contratación. Su importancia, justificación y límites a la delegación, *Misión de Contratación Tomo II*. (p.705). Bogotá: BIRF-DNP-FONADE.
- Asamblea Nacional Constituyente, [A.N.C]. Gaceta Constitucional, núm. 127, del 10 de Octubre de 1991 (Colombia).
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berrocal, L. E. (2005). *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Betancur, C. (2009). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Señal Editora.
- Consejo de Estado. Radicación N° 1089. (C. P. Henao Hidrón, J.: 1998, marzo).
- Consejo de Estado. Radicación N° 25000-23-24-000-2000-00548-01. (C. P. Navarrete Barreto, O.: 2003, noviembre).
- Consejo de Estado. Radicación N° 25000-23-26-000-2003-02458-01 (AP)". (C. P. Fajardo Gómez, M.: 2005, agosto).
- Consejo de Estado. Radicación N° 13503. (C. P. Fajardo Gómez, M.: 2007, octubre).
- Consejo de Estado. Radicación N° 25000-23-24-000-2005-00901-01(AP). (C. P. Fajardo Gómez, M.: 2008, marzo).
- Consejo de Estado. Radicación N° 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP). (C. P. Correa Palacio, R.: 2008, julio).
- Consejo de Estado. Radicación N° 68001-23-15-000-2007-00704-02. (C. P. Buitrago Valencia, S., Bogotá: 2009, marzo).
- Consejo de Estado. Radicación N° 4334-05. (C. P. Vergara Quintero, L. R.: 2009, agosto).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 398. (M. P. Hernández Galindo, J. G.: (1995, septiembre).
- Corte Constitucional. Sentencia T – 024. (M. P. Martínez Caballero, A.:1996, enero).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 561. (M. P. Beltrán Sierra, A.: 1999, agosto).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 382. (M. P. Barreira Carbonell, A.: 2000, abril).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 727. (M. P. Naranjo Mesa, V.: 2000, junio).
- Corte Constitucional. Sentencia T – 936. (M. P. Cepeda Espinosa, M. J.: 2001, agosto).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 372. (M. P. Córdoba Triviño, J.: 2002, mayo).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 374. (M. P. Vargas Hernández, C. I.: 2002, mayo).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 455. (M. P. Monroy Cabra, M. G.: 2002, junio).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 693. (M. P. Monroy Cabra, M. G.: 2008, julio).
- Cuesta, A. y Ronderos, A. (2005). Criterios Orientadores para la Determinación del Dolo o la Culpa Grave con fines de Repetición. *Boletín de Derecho Público, N° 6*, pp.19-26.
- Chávez, A. (2005). *Lecturas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Decreto 679, 1994. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. 28 de marzo de 1994. D.O. núm. 41287.
- De Lafont, R. E. O. (2003). Consideraciones Sobre el Régimen de la Responsabilidad Patrimonial de los agentes del Estado. *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Colombia*.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Argentina.
- Galindo, J. C. (2006). La Responsabilidad del agente Estatal, La Acción de Repetición y el Llamamiento en garantía. *Boletín de Derecho Público N° 7*. pp. 77-89.
- Gómez, A. (2004). *La Delegación*: Bogotá: Ibáñez.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Henao, J. (2006). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis.
- Henao, J. (2000). *La Nueva Reforma Administrativa*. Bogotá: Temis.

- Hernández, P. A. (1999). *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Ibáñez, J. E. (2007). *Estudios de derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Legis.
- Lamprea, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis.
- Ley 80, 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de Octubre de 1993. D. O., núm. 41.094.
- Ley 489, 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. 29 de Diciembre de 1998. D. O. núm. 43.664.
- Ley 678, 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. 3 de Agosto de 2001. D. O. núm. 44.509.
- Ley 1150, 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de Julio de 2007. D. O. núm. 46.691.
- Pérez, J. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2007). La Reforma Administrativa de 1998. *El Derecho Administrativo en los Albores del Siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Solano, J. E. (2000). *Procedimiento Contractual Estatal Aplicado*. Bogotá: DOC & LEY.