

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACION – TELECOM – Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable en contratación / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Régimen aplicable en contratación: Criterio objetivo y funcional

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992. De acuerdo con sus estatutos (Dcto.0666/93), le corresponde a dicha empresa atender y explotar los servicios que demanda el ejercicio de su objeto social, esto es, la prestación de servicios de telecomunicaciones en (i) telefonía pública básica conmutada local, (ii) telefonía móvil rural y (iii) larga distancia nacional e internacional, conforme a los principios que informan la actividad industrial y comercial en ese sector, y en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. En materia de contratación, las entidades estatales prestadoras de servicios públicos se regirán, por autorización o habilitación expresa del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dispone el citado artículo 32 que los contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos - aplicable por remisión, se repite -, y que corresponda al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en dicho estatuto general de contratación y se regirán por normas legales y reglamentarias aplicables a las señaladas actividades. Obsérvese cómo, la disposición anterior, maneja un criterio objetivo y funcional en materia de contratación, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Normas aplicables en contratación / GIRO ORDINARIO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE SU OBJETO – Alcance / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Requisitos de ofertas o cotizaciones y excepciones

En efecto, si el objeto del contrato a celebrar corresponde al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la empresa, las normas que le resultan aplicables son las del derecho privado, con lo cual se pretende garantizar la libre competencia dentro del correspondiente sector industrial y comercial. Pero si el objeto del contrato resulta extraño a las actividades propias para el cual ha sido concebida la empresa, por no comprender servicio siquiera alguno de telecomunicación, se regirá por el estatuto general de contratación (Ley 80/93). Para efectos de analizar el caso concreto, es necesario revisar el objeto del contrato - orden de servicio - para precisar su contenido material, y si además guarda relación alguna con el objeto social de la empresa. La Orden de Servicio No.0-0007-97 del 28 de febrero de 1997, suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM - y el señor Reyes Morris, se contrajo a lo siguiente: “OBJETO: Prestación de servicios profesionales relacionados con el seguimiento de los procesos legislativos en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República. Como puede advertirse fácilmente, el objeto contractual contenido en esa orden de servicio nada tiene que ver con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Telecom, pues no se halla relacionado con una actividad industrial o comercial concerniente a la prestación de un servicio de telecomunicación, en las modalidades ya señaladas, sino a la prestación de servicios profesionales para el seguimiento de procesos legislativos que no es propio de su área misional. Siendo así, la presente orden de servicio debió regirse por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, caso en el cual la empresa estaba obligada a observar previamente el principio de selección objetiva y por lo tanto ha debido exigir, por lo menos, dos (2) ofertas o cotizaciones (art. 3º ibídem). No obstante, podía prescindirse de tal exigencia y convenir directamente con la persona natural o jurídica con capacidad de ejecución del objeto contractual (i) cuando se hubiese solicitado las cotizaciones y sólo se haya recibido una; (ii) cuando no existieren en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios requeridos; (iii) cuando se tratase de contratos intuitu personae, en consideración a las calidades personales del contratista; y (iv) cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permitiese solicitar varias ofertas. En cualquiera de tales eventualidades, resultaba forzoso dejar constancia escrita de la opción tomada por la administración, esto es, de la ocurrencia objetiva de una de tales situaciones (parágrafo ib.).

CONTRATO INTUITO PERSONAE – Características / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – vulneración al celebrarse contrato intuitu personae y no contrato de prestación de servicios / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Requisitos en contratación directa / CONTRATACION DIRECTA – Contrato de prestación de servicios: Requisitos

El contrato intuitu personae reviste características especiales que posibilitan su ejercicio directo sin necesidad de ofertas o cotizaciones ni publicaciones, el cual se predica de manera objetiva respecto de un virtual contratista que, por sus condiciones o calidades excepcionales, lo sustraen de la generalidad de quienes pudiesen desarrollar el objeto contractual, sin que la valoración de tales aptitudes personales pueda constituirse en un criterio meramente subjetivo de la entidad (funcionario) contratante sino que obedezca a una situación muy particular que amerita justamente la aplicación de la norma de excepción. Es decir, tratarse de un servicio profesional, científico, técnico o artístico especializado que por su complejidad sólo puede ser atendido o prestado por determinada persona. Probablemente el señor Reyes Morris ostenta unas calidades especiales que le permiten no sólo desarrollar el objeto contractual a que se contrae la Orden de Servicio No.0-0007-97 sino de atender otros diferentes. Pero no puede pasar por inadvertida la Sala que el hecho de realizar un “seguimiento de los procesos legislativos”, en las respectivas cámaras del Congreso de la República, en temáticas o asuntos que interesan a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al Ministerio de Comunicaciones o entidades afines, no demanda la exigencia de conocimientos, prácticas o habilidades de excepción que no puede realizar otra persona. Se trataba, sencilla y llanamente, de suministrar una información ordenada sobre contenido y trámite de iniciativas en materias que le interesaban a la empresa. Al celebrarse entonces bajo la modalidad del contrato intuitu personae cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva. No se tenía pues facultad para celebrar la orden de servicio en los términos en que se hizo.

RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO – Representantes legales de las entidades descentralizadas / SERVIDOR PUBLICO – Responsabilidades por omisión o extralimitación de funciones en procesos contractuales / RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE – El hecho de no ser profesional del derecho no lo exime de observar las normas propias de contratación / DELEGANTE – Responsabilidad en contratación estatal: elusión de selección objetiva / DELEGACION PARA CONTRATAR – Responsabilidad del delegante

La Constitución Política consagró un sistema general de responsabilidad personal, individual o subjetiva que se predica respecto de los servidores públicos, por infringir Constitución o ley o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º) y además transfirió al legislador su determinación y manera de hacerla efectiva (art. 24 ibídem). Del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 se desprende, así mismo, la responsabilidad personal e indelegable que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80. Si bien el artículo 12 del mismo estatuto permite la delegación total o parcial de la competencia para la realización de la gestión contractual en general - que no es este el caso -, no es menos cierto que la responsabilidad continúa en cabeza del funcionario delegante, en tanto no podrá actuar con desvío o abuso de poder y ejercerá sus funciones conforme a los fines previstos en la ley, de tal manera que le está “prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (art. 24-8 ibídem). Ahora, por expreso mandato legal (art. 51 ib.), el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley. No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la

contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir. En este caso, no se configura la contratación mediante delegación y, por lo tanto, resulta más evidente el hecho de que el representante legal de la entidad contratante - Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - es responsable de la gestión contractual dada la inobservancia de principios que informan la contratación. Resulta irrelevante para efectos de responsabilidad, el hecho de ostentar una disciplina profesional diferente a la del derecho, pues como puede observarse, las normas de derecho positivo anunciadas no hacen distinción alguna frente a la que se pudiere derivar en consideración a la particular profesión que exhiba el representante legal. No puede alegarse a su favor el desconocimiento de las ciencias jurídicas, ni que se hubiese sugerido o no sobre la aplicación de determinado régimen jurídico, cuando es claro que se estaba obligado a observar las normas propias de la contratación.

PRESUNCION DE LA BUENA FE – Se predica tanto del particular como del servidor público / SANCION DISCIPLINARIA – Procedente por omisión en la aplicación de las reglas básicas de la contratación / CONTRATACION ESTATAL – La ignorancia de la ley no sirve de excusa / IGNORANCIA DE LA LEY – No es eximente de responsabilidad disciplinaria

En cuanto al postulado de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política), se dirá que este es una presunción que se predica tanto del particular como del servidor público, en todas sus actuaciones o gestiones. Pero no puede llegarse hasta el punto de desconocer la normatividad que gobierna precisamente la empresa que representa, para alegar a su favor una exculpación por ignorancia de las ciencias jurídicas, en tratándose de un funcionario de alta jerarquía como lo es el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM-. La sola omisión en la aplicación de reglas básicas de la contratación descarta de plano la posibilidad de reconocer que actuaba precedido bajo una presunción de que su conducta no constituía falta disciplinaria. En conclusión, no se logró desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios y por los cuales la Procuraduría General de la Nación le impuso como sanción una multa equivalente a 30 días del salario devengado en 1997, en su condición de Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al actor.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008).

No. de Referencia: 250002325000 200211811 01

No. Interno: 2941-2005

Autoridades Nacionales

Actor: JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES.-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, el señor José Libardo Blackburn Cortés, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes actos:

- 1) Fallo de primera instancia del 18 de septiembre de 2000, expedido por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en cuanto lo declaró responsable disciplinariamente por la suscripción de una orden de servicios y le impuso como sanción una multa de \$14'772.849, equivalente a 90 del sueldo devengado para la época da la falta (numerales 1 y 2).*
- 2) Fallo de segunda instancia del 30 de marzo de 2001, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en relación con la declaración de responsabilidad disciplinaria por el primero de los cargos formulados y le impuso como sanción una multa de \$4'924.283 equivalente a 30 de salario devengado en 1997 (numerales 1 y 2).*

Como consecuencia de las nulidades, pidió la exoneración del pago de la multa, la exclusión del registro nacional de sancionados de la Procuraduría General de la Nación, la notificación de la sentencia a la entidad demandada para los efectos del C.C.A. y condena en costas.

HECHOS

El demandante estuvo vinculado como Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones entre el 5 de noviembre de 1996 y el 11 de agosto de 1998. En ejercicio de sus funciones, suscribió varios contratos para el buen funcionamiento de la empresa, entre ellos, la orden de servicios 0-0007-97 del 28 de febrero de 1997 con el abogado Víctor Reyes Morris, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales, orden a la cual se le introdujo el 12 de diciembre de 1997 un Otrosí, con el fin de adicionar el objeto para que asesora al Canal Regional de Televisión “TEVEANDINA Ltda.”, creado por la empresa y 14 departamentos del país, así como para participar en los eventos que se organicen para el direccionamiento estratégico y de gestión a solicitud de la presidencia de Telecom.

En 1998, la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal abrió la investigación disciplinaria 021-15834 contra varios funcionarios de Telecom, por presunta celebración indebida de contratos. En septiembre de 1999, se formuló pliego de cargos en su contra y en noviembre de 1999 presentó sus descargos. En septiembre de 2000, se declaró responsable disciplinariamente y se le impuso como sanción una multa equivalente a 90 días de sueldo. Contra esta decisión interpuso recurso de apelación y, la Sala

Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante proveído del 30 de marzo de 2001 lo resolvió declarándolo responsable únicamente por el primer cargo y lo exoneró de los otros dos, modificando sanción en multa equivalente a 30 días de sueldo.

La decisión disciplinaria obedeció a una interpretación del régimen aplicable a la orden de servicios, al afirmarse que se regía por la Ley 80 de 1993 y no por la Ley 142 de 1994, por no obtener dos cotizaciones previas a la contratación, sin considerar que el contrato es de los denominados “intuitu personae” (art. 3º - párrafo - del Dcto 855/94), para lo cual no se requería dicha exigencia en consideración a las calidades personales del contratista, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 142/94 que señaló que los contratos de las empresas de servicios públicos, como Telecom, se rigen por el derecho privado, o sea directamente y sin necesidad de cotizaciones.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como disposiciones violadas con los actos acusados se citaron los artículos 2, 6, 13 y 209 de la Constitución Política; leyes 142/94, 200/95 y 489/98; decretos 2123/92, 855/94, 262/090 y 01/84; y C. de P.C.

Tras citar apartes de la doctrina y la jurisprudencia, relacionados con falsa motivación y debido proceso, dijo que la decisión de la entidad demandada violó principios que rigen la actuación disciplinaria, al interpretarse hechos y disposiciones sin objetividad,

como el de imparcialidad (art. 77-6 Ley 200/95), pues no se tuvieron en cuenta circunstancias que le eran favorables.

Al analizar el cargo formulado en su contra y el fundamento de la sanción impuesta (los cuales transcribe in extenso), sostuvo que el debate jurídico se centró en establecer cuál era el régimen legal aplicable a los contratos celebrados por Telecom, como empresa industrial y comercial del Estado, si la Ley 80/93 o la Ley 142/94, seleccionando la primera pero, sin examinar, inexplicablemente, el Otrosí celebrado el 12 de diciembre de 1997 que adicionó el objeto de la orden de servicios; tampoco la versión libre rendida por el actor, hecha de buena fe y que demostró que nunca tuvo la intención de violar la ley, puesto que la orden de servicios se hizo “intuitu personae”, en cuanto a las calidades personales del contratista, obrando en forma correcta, sería y ajustada a la ley.

Continuó: En todo “establecimiento público” existe un organigrama funcional, como en el caso de Telecom, en donde contratos y órdenes de servicio se proyectan en la División de Conceptos y Contratos de la Dirección Jurídica para la firma del Presidente, sin que él tenga ingerencia para indicar u ordenar la norma aplicable al contrato, por lo que la Procuraduría ha debido observar lo dispuesto en el art. 23-4 de la Ley 200/95. Si el debate era simplemente conceptual y existía duda sobre el régimen aplicable, no por ese hecho debía atribuírsele responsabilidad, pues ha debido probarse que obró con dolo o culpa grave, pero como lo hizo de buena fe, la duda razonable debió resolverse a su favor (art. 6º ib.).

Insistió en la violación del principio de imparcialidad, puesto que al aplicarse cualquiera de los dos regímenes, el resultado es el mismo: contratación directa sin necesidad de obtener previamente dos cotizaciones. Además, las órdenes de servicio pueden regirse por los artículos 31 y 32 de la Ley 142/94 o por el parágrafo del artículo 3º del Dcto. 855/94 que reglamentó la Ley 80/93. Resaltó de nuevo las calidades personales del contratista y la parcialidad de la demandada, por cuanto en el caso de Nancy Constanza Serrano Vanegas la absolvió a pesar de alegarse la aplicación de la contratación directa “intuitu personae” con fundamento en el parágrafo del art. 3º del Dcto. 855.

Estimó que no ha incurrido en violación de norma alguna, como para que se le acreditara responsabilidad; no se le dio el mismo tratamiento concedido a las demás personas disciplinadas, quienes sí fueron exonerados; y se desconoció el artículo 209 de la C.P., puesto que no podía imponerse una sanción empleando la ley en forma acomodada y menos sobre una infracción inexistente, adjudicando responsabilidad con una simple apreciación.

Prosiguió: La demora en el procedimiento administrativo disciplinario (más de tres años) le ha causado perjuicio en razón de la violación flagrante de principios que se traduce en injusticia; y desconocimiento del principio de inocencia, por que el actor es Ingeniero Civil y, en su calidad de presidente, debía tramitar contratos a través de la Dirección Jurídica de Telecom, no obstante se le aplicó como falta directa la no aplicación de un régimen contractual, sin considerar que había cumplido la Ley 80, y que cualquiera de los dos régimen daba el mismo resultado. En

resumen, consideró que la Procuraduría se excedió en sus facultades, pues interpretó y acreditó responsabilidad en contravía de la Constitución y de la Ley.

LA SENTENCIA APELADA

A juicio del Tribunal, la sanción disciplinaria se ajustó a la ley. En efecto, examinadas las disposiciones que gobiernan la contratación (arts. 31 y 32 de la Ley 142/94 y 3º del Dcto. 855/94), encontró esa corporación que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que versen sobre el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social no están sujetos a la Ley 80/93 y, los que se encuentran fuera de esa órbita, si someten a esta ley.

Consideró que la orden de servicio 0-007-97, según el objeto comercial y declaraciones rendidas por funcionarios de la entidad, no se refirió en modo alguno a las actividades propias de Telecom, por lo que sí le era aplicable, al caso concreto, la Ley 80 de 1993, y por lo tanto debieron exigirse dos cotizaciones por lo menos para suscribir la referida orden.

Referente al contrato “intuitio personae”, estimó como no válido este argumento, porque el concepto exige condiciones especiales de calidad, idoneidad, experiencia y capacidad, acto consensual que se maneja bajo esta modalidad en forma excepcional. Concepto que no es aplicable a este caso - dijo - porque existen profesionales que están en capacidad de cumplir el objeto acordado.

Además, observó que las normas legales sí fueron interpretadas con objetividad, evaluadas las circunstancias favorables y desfavorables a los intereses del actor y a la responsabilidad que residía, en esta materia, en el representante de la entidad.

Por último, no le resultó admisible la invocación, como causal de justificación de la conducta, la convicción errada e invencible de su conducta (art. 23-4 Ley 200/95), cuando se presumen unas condiciones especiales profesionales de quien ostenta un cargo de presidente en una empresa industrial y comercial de la envergadura de Telecom. Y que no surge duda alguna razonable que deba resolverse a favor del disciplinado.

APELACION

Alegó a su favor el hecho de ostentar la profesión de Ingeniero en el momento de desempeñarse como presidente de Telecom, el desconocimiento sobre las ciencias jurídicas y la responsabilidad que recaía en la Dirección Jurídica para el estudio y elaboración de los contratos, sin que en ningún momento él hubiese inducido a que se aplicara determinado régimen a la orden de servicios con el abogado Víctor Reyes Morris, como lo declararon las abogadas de esa dirección; no obstante, consideró a que dicha orden se le aplicó la Ley 80/93, en lo relativo a los contratos “intuito personae”, en razón de la calidad de la persona del contratista, lo que permitía la contratación directa sin necesidad de cotizaciones (art. 3º - párrafo - Dcto. 855/94), y por lo tanto no podía acreditársele responsabilidad disciplinaria por una falta inexistente cuando no tuvo ingerencia ni se violó norma alguna.

En su concepto, sólo el contratante puede calificar las calidades personales del contratista, sin que ninguna otra autoridad pueda hacerlo, pues se generaría una incertidumbre jurídica y un caos en la contratación; que, en este caso, se escogió al abogado Víctor Reyes Morris por demostrar conocimiento, experiencia, seguridad, lealtad y eficacia de resultados en otros contratos.

No hubo confusión en la aplicación de normas, pues la Ley 80 de 1993 y la Ley 142 de 1994 autorizan la negociación directa cuando se trata de contratos “intuitu personae”, sin que se requiera de varias ofertas, ya que las dos disposiciones concluyen en lo mismo. No puede sancionarse por simple capricho o por animadversión, pues la función investigadora debe observar normas y principios de la Ley 200 de 1995, especialmente los artículos 6º (resolución de la duda), 23-4 (justificación de la conducta) y 77 (imparcialidad), los que resultaron violados.

Por lo tanto, el haber obrado de buena fe, sin tener ingerencia alguna en la normatividad aplicable ni en el trámite de la contratación, lo llevó a deducir que su actuar es correcto, con la convicción de que su conducta no constituía falta disciplinaria y que se ajustaba a la ley, además de que la orden de servicios la proyectó la División de Concepto y Contratos, sin imponer su voluntad.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la actora reitera íntegramente lo expuesto en el recurso de apelación.

La Procuraduría General de la Nación afirmó que la decisión acusada se ajustó al procedimiento disciplinario y a la realidad fáctica y probatoria que le sirvió de sustento, sin que el actor los hubiese desvirtuado, pues la orden de servicios violó el principio de selección objetiva, especialmente lo referente a la exigencia de dos cotizaciones para la suscripción; y que, aunque la elaboración de los contratos le correspondía a la oficina jurídica la responsabilidad de la actividad contractual recaía en el jefe de la entidad. En su sentir, el objeto de la orden de servicios - seguimiento de procesos legislativos - no corresponde a una evidente necesidad de celebrar un contrato “intuitu personae”, ya que no se requería condiciones excepcionales del contratista, como para encomendársele sólo a él dicha actividad.

El Ministerio Público conceptuó de manera adversa a las súplicas al considerar que la orden de servicios no correspondía al giro normal de la actividad propia de Telecom, por lo que debió tenerse en cuenta el régimen de contratación previsto en la Ley 80/93, como lo aceptó en la apelación el demandante. Así mismo, estimó que no encuadra dentro del denominado contrato “intuitu personae”, porque la experiencia, idoneidad y calidades personales que sirvieron de sustento para contratar han podido probarse dentro del proceso de selección, solicitando dos ofertas que garantizaran los principios de transparencia y de selección objetiva. Observó igualmente, que se suscribió una orden sin estudio previo sobre la conveniencia de la contratación, es decir, sin justificar la finalidad del objeto

contractual, a pesar de que el objeto no corresponde al giro ordinario de las funciones de Telecom, situaciones que no fueron desvirtuadas por el demandante.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se contrae este proceso a establecer si se ajustan o no a derecho los siguientes actos administrativos:

- 1) Fallo de primera instancia del 18 de septiembre de 2000, expedido por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en cuanto lo declaró responsable disciplinariamente por la suscripción de una orden de servicios y le impuso como sanción una multa de \$14'772.849, equivalente a 90 del sueldo devengado para la época da la falta (numerales 1 y 2).*
- 2) Fallo de segunda instancia del 30 de marzo de 2001, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en relación con la declaración de responsabilidad disciplinaria por el primero de los cargos formulados y le impuso como sanción una multa de \$4'924.283 equivalente a 30 de salario devengado en 1997 (numerales 1 y 2).*

Las decisiones acusadas de la Procuraduría General de la Nación, como actos administrativos proferidos por autoridades públicas que

son, gozan de la presunción de legalidad, la cual admite, desde luego, prueba en contrario.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE TELECOM Y DEL RÉGIMEN JURIDICO APLICABLE EN CONTRATACION.-

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992¹.

De acuerdo con sus estatutos (Dcto.0666/93), le corresponde a dicha empresa atender y explotar los servicios que demanda el ejercicio de su objeto social, esto es, la prestación de servicios de telecomunicaciones en (i) telefonía pública básica conmutada local, (ii) telefonía móvil rural y (iii) larga distancia nacional e internacional, conforme a los principios que informan la actividad industrial y comercial en ese sector, y en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

En materia de contratación, las entidades estatales prestadoras de servicios públicos se regirán, por autorización o habilitación expresa del artículo 31² de la Ley 142 de 1994, por el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

¹ Telecom es creada y organizada a partir de las leyes 6ª/43 y 84/45 y los decretos 1684/47, 1233/50, 1184/54, 1635/60 y 1362/63.

² Disposición modificada por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

Dispone el citado artículo 32 que los contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos - aplicable por remisión, se repite -, y que corresponda al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en dicho estatuto general de contratación y se regirán por normas legales y reglamentarias aplicables a las señaladas actividades.

Obsérvese cómo, la disposición anterior, maneja un criterio objetivo y funcional en materia de contratación, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos.

En efecto, si el objeto del contrato a celebrar corresponde al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la empresa, las normas que le resultan aplicables son las del derecho privado, con lo cual se pretende garantizar la libre competencia dentro del correspondiente sector industrial y comercial. Pero si el objeto del contrato resulta extraño a las actividades propias para el cual ha sido concebida la empresa³, por no comprender servicio siquiera alguno de telecomunicación, se regirá por el estatuto general de contratación (Ley 80/93)⁴.

³ Como las que se describen en el artículo 3º del Decreto 0666/93.

⁴ Posteriormente, el Acuerdo JD-015 del 21 de abril de 1997, por el cual se expide el reglamento general para los contratos de que trata el artículo 31 de la Ley 142/94, siguió los lineamientos de la Ley 80/93, al consagrar en su mayoría las causales de contratación directa previstas en su art. 24, admitiendo que puede prescindirse de la solicitud de varias cotizaciones en los siguientes eventos: (i) cuando se trate de contratos que sólo puedan celebrarse con determinada persona; (ii) cuando se hayan solicitado tres (3) o más cotizaciones y no hubiere sido posible contratar; (iii) cuando se trate de contratos interadministrativos; (iv) cuando se relacione con una urgencia manifiesta; (v) cuando el precio haya sido fijado por autoridad competente; (vi) cuando se relacione con el objeto social de la empresa; y (vii) cuando el presidente de la empresa lo considere necesario, en relación con el servicio que se presta o con el interés público, caso en el cual deberá sustentarse la decisión en razones de orden técnico y económico.

Para efectos de analizar el caso concreto, es necesario revisar el objeto del contrato - orden de servicio - para precisar su contenido material, y si además guarda relación alguna con el objeto social de la empresa.

La Orden de Servicio No.0-0007-97 del 28 de febrero de 1997, suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM - y el señor Víctor Reyes Morris, se contrajo a lo siguiente:

*“**OBJETO:** Prestación de servicios profesionales relacionados con el seguimiento de los procesos legislativos en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, mediante un registro sistemático del contenido y trámite de las iniciativas de Ley como de las posiciones de los distintos actores del proceso, en las materias de interés de TELECOM, así como coordinar la realización de un inventario sobre los estudios efectuados sobre TELECOM, Ministerio de Comunicaciones y entidades afines en los últimos diez (10) años. (...)”.* (fls. 74-75).

Como puede advertirse fácilmente, el objeto contractual contenido en esa orden de servicio nada tiene que ver con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Telecom, pues no se halla relacionado con una actividad industrial o comercial concerniente a la prestación de un servicio de telecomunicación, en las modalidades ya señaladas, sino a la prestación de servicios profesionales para el seguimiento de procesos legislativos que no es propio de su área misional.

*Siendo así, la presente orden de servicio debió regirse por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, caso en el cual la empresa estaba obligada a observar previamente el principio de selección objetiva y por lo tanto ha debido exigir, por lo menos, dos (2) ofertas o cotizaciones (art. 3º ibídem). No obstante, podía prescindirse de tal exigencia y convenir directamente con la persona natural o jurídica con capacidad de ejecución del objeto contractual (i) cuando se hubiese solicitado las cotizaciones y sólo se haya recibido una; (ii) cuando no existieren en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios requeridos; (iii) cuando se tratase de contratos *intuitu personae*, en consideración a las calidades personales del contratista; y (iv) cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permitiese solicitar varias ofertas. En cualquiera de tales eventualidades, resultaba forzoso dejar *constancia escrita* de la opción tomada por la administración, esto es, de la ocurrencia objetiva de una de tales situaciones (parágrafo ib.).*

*Alegó el funcionario sancionado que en razón de la calidad de la persona del contratista, esto es, en consideración a su conocimiento, experiencia, seguridad, lealtad y eficacia de resultados en otros contratos, resolvió contratar directamente con el abogado Víctor Reyes Morris, sin necesidad de solicitar cotizaciones. Acudió entonces el demandante, en su condición de Presidente de Telecom, al denominado contrato *intuitu personae*.*

Es importante señalar que las excepciones son de carácter restrictivo y operan única y exclusivamente en los casos

expresamente señalados por la ley. Para su interpretación y aplicación deben observarse los ingredientes normativos regulados para el caso concreto y particular.

*Lo anterior, por cuanto el contrato *intuitu personae* reviste características especiales que posibilitan su ejercicio directo sin necesidad de ofertas o cotizaciones ni publicaciones, el cual se predica de manera *objetiva* respecto de un virtual contratista que, por sus *condiciones o calidades excepcionales*, lo sustraen de la generalidad de quienes pudiesen desarrollar el objeto contractual, sin que la valoración de tales *aptitudes personales* pueda constituirse en un criterio meramente subjetivo de la entidad (funcionario) contratante sino que obedezca a una situación muy particular que amerita justamente la aplicación de la norma de excepción. Es decir, tratarse de un servicio profesional, científico, técnico o artístico especializado que por su complejidad sólo puede ser atendido o prestado por determinada persona.*

Probablemente el señor Víctor Reyes Morris ostenta unas calidades especiales que le permiten no sólo desarrollar el objeto contractual a que se contrae la Orden de Servicio No.0-0007-97 sino de atender otros diferentes. Pero no puede pasar por inadvertida la Sala que el hecho de realizar un “seguimiento de los procesos legislativos”, en las respectivas cámaras del Congreso de la República, en temáticas o asuntos que interesan a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al Ministerio de Comunicaciones o entidades afines, no demanda la exigencia de conocimientos, prácticas o habilidades de excepción que no puede realizar otra persona. Se trataba, sencilla y llanamente, de suministrar una información

ordenada sobre contenido y trámite de iniciativas en materias que le interesaban a la empresa.

*En su momento, no se adujo un estudio especializado o una experiencia específica en “seguimiento de procesos legislativos” que permitiese calificar como únicas las condiciones del contratista y que de alguna manera justificaran la celebración del contrato *intuitio personae*, porque ninguna otro profesional del derecho podía ejecutarlo en circunstancias siquiera similares. De tal suerte, que se verificaran en el contratista unos requisitos objetivos para su escogencia unilateral, prescindiendo de la regla general.*

*Al celebrarse entonces bajo la modalidad del contrato *intuitio personae* cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva. No se tenía pues facultad para celebrar la orden de servicio en los términos en que se hizo.*

DE LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO.-

La Constitución Política consagró un sistema general de responsabilidad personal, individual o subjetiva que se predica respecto de los servidores públicos, por infringir Constitución o ley o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art.

6º) y además transfirió al legislador su determinación y manera de hacerla efectiva (art. 24 *ibídem*).

Del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 se desprende, así mismo, la *responsabilidad personal e indelegable* que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80.

Si bien el artículo 12 del mismo estatuto permite la delegación total o parcial de la competencia para la realización de la gestión contractual en general - que no es este el caso -, no es menos cierto que la responsabilidad continúa en cabeza del funcionario delegante, en tanto no podrá actuar con desvío o abuso de poder y ejercerá sus funciones conforme a los fines previstos en la ley, de tal manera que le está “prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (art. 24-8 *ibídem*).

Ahora, por expreso mandato legal (art. 51 *ib.*), el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley.

No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir.

*En este caso, no se configura la contratación mediante delegación y, por lo tanto, resulta más evidente el hecho de que el representante legal de la entidad contratante - **Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones** - es responsable de la gestión contractual dada la inobservancia de principios que informan la contratación.*

Resulta irrelevante para efectos de responsabilidad, el hecho de ostentar una disciplina profesional diferente a la del derecho, pues como puede observarse, las normas de derecho positivo anunciadas no hacen distinción alguna frente a la que se pudiere derivar en consideración a la particular profesión que exhiba el representante legal. No puede alegarse a su favor el desconocimiento de las ciencias jurídicas, ni que se hubiese sugerido o no sobre la aplicación de determinado régimen jurídico, cuando es claro que se estaba obligado a observar las normas propias de la contratación.

Ahora, la Procuraduría General de la Nación tuvo la oportunidad de valorar, conforme a derecho, la conducta de los servidores públicos que participaron en el proceso de gestión contractual y calificar su grado de responsabilidad, absolviendo o condenando en algunos casos, lo que no implica, sin contar en este proceso con todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para determinar que se obró de manera parcializada.

Al tenerse certidumbre sobre el régimen jurídico aplicable a la Orden de Servicio No.0-0007-97 y la responsabilidad que residía en el demandante como representante legal de la empresa no hay lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 200 de 1995 sobre resolución de la duda, pues no existe espacio para ello. Tampoco encuentra justificación de la conducta omisiva del actor de cara al proceso de contratación (art. 23-4 ibídem).

En cuanto al postulado de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política), se dirá que este es una presunción que se predica tanto del particular como del servidor público, en todas sus actuaciones o gestiones. Pero no puede llegarse hasta el punto de desconocer la normatividad que gobierna precisamente la empresa que representa, para alegar a su favor una exculpación por ignorancia de las ciencias jurídicas, en tratándose de un funcionario de alta jerarquía como lo es el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-.

La sola omisión en la aplicación de reglas básicas de la contratación descarta de plano la posibilidad de reconocer que actuaba

precedido bajo una presunción de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

En conclusión, no se logró desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios y por los cuales la Procuraduría General de la Nación le impuso como sanción una multa equivalente a 30 días del salario devengado en 1997, en su condición de Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al señor José Libardo Blackburn Cortés.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada del 29 de julio de 2004 que negó las pretensiones de la demanda, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por el señor José Libardo Blackburn Cortés contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON

Expediente No.2941/05, actor JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES.-