

Limits on the exercise of public functions in contractual matters

Límites al ejercicio de las funciones públicas en materia contractual*

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2013
Fecha de revisión: 24 de octubre de 2013
Fecha de aceptación: 09 de noviembre de 2013

*Andrea Torres Estepa ***

ABSTRACT

The article seeks to establish whether there is a limit, either legal or otherwise, regulating the actions and accountability of public officials in Colombia, as well as determine its responsibility by omission, overreaching in the exercise of their functions or “bad practices”, understood as wrong actions that overlook the principle of good faith and the common good, making their exercise prone to corruption, especially in the specific field of administrative contracting. The current Colombian law provides that State officials must answer for the damage caused in the performance of his duties because of the position they play (Article 51 of Law 80 of 1993). In the same sense, doctrine develops some personal, fiscal, monetary and political limits; however, these estimates are omitted so that several public officials act contrary to the law, with few cases investigated and punished.

RESUMEN

El artículo busca establecer si existe limite bien sea legal o de otro tipo que regule las actuaciones y responsabilidad de los funcionarios públicos en Colombia, como también determinar su responsabilidad por omisión, extralimitación en el ejercicio de sus funciones o “malas prácticas entendidas como acciones incorrectas que pasan por alto el principio de buena fe y el bien común, haciendo su ejercicio proclive a la corrupción, especialmente en el campo específico de la contratación en materia administrativa. La legislación colombiana vigente contempla que los que los funcionarios del Estado deben responder por los perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones en razón del cargo que desempeñan - artículo 51 de la Ley 80 de 1993, en el mismo sentido, la doctrina desarrolla algunos límites de carácter personal, fiscal, pecuniario y político, no obstante, estas previsiones se omiten de forma tal que varios funcionarios públicos actúan de manera contraria a la ley, siendo pocos los casos se investigan y sancionan.

Citar este artículo

Torres, A. E. (2014). Límites al ejercicio de las funciones públicas en materia contractual. *Revista Vía Iuris*, 2014 (Nº16), pp. 71-82.

* Artículo de investigación vinculado al proyecto: Creación e implementación de un observatorio de Delitos Informáticos para el departamento de Boyacá. Vinculado al grupo de investigación GALASH de Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC). Periodo (2013). Boyacá (Colombia).

** Abogada Cum - Laude (mérito a la excelencia académica Universidad Santo Tomás); Conciliadora en Derecho; Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos; Especialista en Derecho Administrativo; Magister en Derechos Humanos. Docente Universitaria - Integrante Grupo de Investigación Galash Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Boyacá (Colombia). Correo de contacto: ate-6@hotmail.com

Palabras clave

Límites, funcionarios, contratación, Estado, daño, responsabilidad.

Keywords

Limits, officers, contracting, State, damage, responsibility.

Limites ao exercício de funções publicas em contrato

Límites al ejercicio de las funciones públicas en materia contractual

Andrea Torres Estepa

RESUMO

O artigo procura estabelecer se existe limite legal ou de outra forma que regule as atuações e responsabilidade dos funcionários do Estado na Colômbia, bem como determinar sua responsabilidade por omissão, overreaching no exercício das suas funções ou “más praticas entendidas como ações erradas que ignoram o principio da boa fé e do bem comum, fazendo com o que seu exercício propenso à corrupção, especialmente no campo específico de recrutamento para as questões administrativas. A lei Colômbia atual, prevê que funcionários do Estado são responsáveis pelos danos causados no exercício das suas funções por causa da posição que eles jogam – o artigo 51 da lei 80 de 1993, no mesmo sentido, a doutrina alguns limites pessoais, monetário e político, no entanto, estas estimações são omitidas para que vários funcionários públicos agir de forma contraria à lei, alguns casos sendo investigados e punidos

Palavras-chave

Limites, diretores, procurement, Estado, dano, responsabilidade.

RESUMEN

El artículo busca establecer si existe limite bien sea legal o de otro tipo que regule las actuaciones y responsabilidad de los funcionarios públicos en Colombia, como también determinar su responsabilidad por omisión, extralimitación en el ejercicio de sus funciones o “malas prácticas entendidas como acciones incorrectas que pasan por alto el principio de buena fe y el bien común, haciendo su ejercicio proclive a la corrupción, especialmente en el campo específico de la contratación en materia administrativa. La legislación colombiana vigente contempla que los que los funcionarios del Estado deben responder por los perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones en razón del cargo que desempeñan - artículo 51 de la Ley 80 de 1993, en el mismo sentido, la doctrina desarrolla algunos límites de carácter personal, fiscal, pecuniario y político, no obstante, estas previsiones se omiten de forma tal que varios funcionarios públicos actúan de manera contraria a la ley, siendo pocos los casos se investigan y sancionan.

Palabras clave

Límites, funcionarios, contratación, Estado, daño, responsabilidad.

INTRODUCCIÓN

Según la realidad actual en Colombia y frente a las muchas actuaciones reprochables por parte de los funcionarios públicos, muchos ciudadanos del común se preguntan: ¿tienen algún tipo de responsabilidad los funcionarios que actúan contrario a lo que la ley les ordena o cuando omiten su funciones?, ¿no existe algún límite bien sea legal o de otro tipo en su actuar como funcionarios públicos?

Hablar de límites en la actuación de los funcionarios significa que estos no pueden actuar de manera arbitraria, sino que está enmarcado su actuar dentro de todo ese conjunto de normas que regula lo público. Desde esa óptica las entidades son responsables de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean atribuibles y que causen perjuicios, por lo que, estas deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasiona al contratista.

Así, los contratistas responden por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. En los términos previstos en la ley, la responsabilidad que puede ser civil y penal; los consultores, interventores, asesores, responderán civil y penalmente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría, asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables, que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría y, los funcionarios en la contratación del Estado quienes con sus acciones y omisiones en la actividad contractual tienen una responsabilidad de carácter personal.

METODOLOGÍA

Dentro del marco metodológico se aplicó el método investigativo histórico descriptivo; en el contexto de una investigación de tipo cualitativa, con el fin de analizar legal y jurisprudencialmente los límites que tienen los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Se utilizó el estudio investigativo documental, mediante la consulta de diferentes fuentes; principalmente se tuvieron en cuenta las bibliográficas, tomando como fuentes primarias la normativa vigente, la jurisprudencia y la doctrina.

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

La contratación estatal

En materia de contratación Estatal, y específicamente, lo que tiene que ver con el ejercicio de las funciones de quienes están a cargo de la contratación pública; dichos funcionarios no pueden actuar según sus intereses, ni de manera arbitraria sino que deben hacerlo conforme a todo ese conjunto de normas, que son las que contemplan una serie de parámetros que limitan su actuación y precisamente, estas señalan una serie de acciones que deben ejecutar así como unas prohibiciones, actuaciones que no deben realizar; así, si no realizar lo que dicha normativa contempla puede incurrir en omisión y de actuar respecto a lo que la norma considera prohibido, en ambos casos, incurre en una vulneración a la norma, y es sujeto según el caso, de que le sean aplicables sanciones.

Entendiendo que el funcionario en el ejercicio de sus funciones no puede actuar como le parece, sino que debe hacerlo según una serie de normas que regulan y reglamentan su actuación. Precisamente cuando se sale con su actuar de esos límites tiene una responsabilidad específica, hablar de responsabilidad implica que tiene que responder, por lo que la legislación colombiana y la doctrina contemplan como formas de responsabilidad, que constituyen límites al ejercicio de su función, límites a su actuación en lo público; por lo que, en el presente se hace un estudio detallado a esos límites que operan específicamente en materia de contratación pública en Colombia.

Es así como desde la teoría de la responsabilidad del Estado y su evolución, la base de su estructura consiste en que los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, deben responder por su actuar o por las omisiones en que hayan incurrido, con lo que se deja de lado la responsabilidad absoluta de la administración, aceptando la responsabilidad directa con la que hoy en día se juzga e integrando en la exaltación de sus consecuencias al funcionario que por su conducta haya dado lugar al perjuicio; para lo cual al Estado se le hace responder frente al particular perjudicado y se exonera al funcionario frente al cobro que puede hacerle la Entidad, en el caso en que su actividad no haya estado calificada por la existencia del dolo o la culpa grave.

De esta manera, y como se establece en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 6º, los servidores

públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, pero también, por la omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones; entonces, es este el fundamento para que los funcionarios no solo encuentren un límite en su actuar sino que deben responder cuando el Estado deba pagar alguna condena originada en su conducta dolosa o gravemente culposa.

Actualmente se da la tendencia en la legislación colombiana de exigir a los funcionarios del Estado que respondan por los perjuicios que causen en el desempeño de sus funciones, está el Decreto 222 de 1983, luego en los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, llevándola posteriormente, a canon constitucional, en el artículo 90 a partir del año de 1991.

El artículo 294 del Decreto 222 de 1983, norma de muy poca aplicación, estableció lo siguiente:

“Cuando dentro del proceso en que hubiere sido demandada únicamente la entidad contratante, apareciera clara la responsabilidad de un funcionario o ex funcionario, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, se ordenará su comparecencia y se fallará conforme a lo que resultara probado”.

Como se evidencia, esta norma protege en gran medida el patrimonio público, que hace que si el particular no demanda directamente al funcionario, o a la Entidad demandada, no lo vincula al proceso en la oportunidad procesal establecida para ello mediante el llamamiento en garantía, el juez de oficio, cuando encontrara mérito, debía hacerlo, o proceder en tal sentido ante la petición del Ministerio Público.

Como bien lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal facultad de oficio por parte del Juez, no puede desconocer las reglas del debido proceso ni el derecho de defensa para el funcionario, quien solo puede ser condenado en el proceso cuando se ha asegurado su comparecencia, es decir, se ha citado, oído y vencido; porque aunque en el proceso se haya calificado su conducta por dolo o culpa grave, el Juez no puede vincularlo en la sentencia si no se hizo comparecer en juicio legalmente (debido proceso que es constitucional).

Cuando se habla de límites al actuar del funcionario público en el ejercicio de sus funciones inexorablemente hay que hacer una inmediata remisión a la responsabilidad que sobre él recae, específicamente,

cuando se trata del tema de contratación pública, por ello, desde el ámbito jurídico dicha responsabilidad puede ser civil, penal, disciplinaria, económica o pecuniaria, fiscal, política, y por la gestión administrativa.

En contratación administrativa, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos, establece que el servidor público tiene una responsabilidad de carácter disciplinario, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

Cuando el agente del Estado actúa comprometiendo exclusivamente su responsabilidad y no la del servicio, los tratadistas han acudido a diferentes hipótesis, todas encaminadas a desvincular la conducta de la función estatal que desempeña.

Andre Laubadère sostiene que:

“El daño ocasionado por una falta del funcionario, compromete únicamente la responsabilidad de este “cuando hay una falta personal”.

“La falta personal -afirma- es separable de la función. Pero ¿en qué circunstancia se puede considerar separable una falta? La definición de la falta separable se debe a la jurisprudencia; su criterio tiene matices y es difícil de concretar en fórmulas.

Sin embargo, una de estas fórmulas sigue siendo célebre y es la que fue dada por Laferrière en sus conclusiones sobre el negocio Laumonnier - Carriol: Hay falta del servicio cuando “el acto perjudicial es impersonal y revela un administrador más o menos sujeto a error” y falta personal si revela al “hombre con sus debilidades sus pasiones y sus imprudencias”.

Además, agrega los eventos en que jurisprudencialmente han sido calificados como culpa personal:

“1) En primer lugar y eso se cae de su peso, cuando se trata de un acto realizado por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, completamente en su vida privada o por lo menos al margen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones.

2) En razón del fin, cuando el acto realizado en el ejercicio de las funciones, ha tenido mala intención (tirria, venganza contra la víctima”.

De otro lado, se habla de una responsabilidad fiscal respecto a la que se sigue contra el funcionario con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa en su gestión fiscal, es decir, en el manejo o administración de los recursos o fondos de carácter público que a su cargo se encuentran y según el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, busca el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva Entidad Estatal.

Cuando por omisión o acción en el manejo fiscal a su cargo el funcionario o particular, según el caso, cause algún daño al patrimonio público, la imputabilidad a título de culpa, bastaba la existencia de culpa leve (parágrafo 2º, artículo 4º) en contraposición a la culpa grave que exige el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, lo que generaba cierta duda de constitucionalidad de la disposición en este aspecto, dado que la responsabilidad fiscal es la especie del género que consagra la norma constitucional.

En los términos que establecen la Constitución y la ley, un límite al ejercicio de las funciones es la responsabilidad civil, entendida como la obligación de indemnizar los perjuicios causados. El artículo 77 del Decreto 01 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo) establecía que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

La Ley 1437 de 2011 Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente, en el Título VII regula lo referente a la responsabilidad de los funcionarios y establece en el artículo 76 unas causales de mala conducta de los funcionarios, sanciones disciplinarias y dice que son causales de mala conducta, que motivarán multas hasta de un millón de pesos (\$1.000.000), o la destitución del responsable, las siguientes:

1. Negarse a recibir las peticiones, a expedir constancias sobre ellas, o a sellar sus copias, cuando se presenten en los días, horas y sitios que indiquen los reglamentos.
2. Negarse a recibir las declaraciones o liquidaciones privadas necesarias para cumplir con una obligación legal.
3. Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos.
4. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal.

5. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación.
6. Resolver sin motivación, siquiera sumaria, cuando sea obligatoria.
7. Ejecutar un acto que no se encuentre en firme.
8. Dilatar o entorpecer el cumplimiento de las decisiones en firme o de las sentencias.
9. No declararse impedido cuando exista deber de hacerlo.
10. No practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas.
11. Reproducir actos suspendidos o anulados por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.
12. No hacer lo que legalmente corresponda para que se incluya dentro de los presupuestos públicos, apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias que condenen a la administración.
13. Entorpecer la notificación de los actos y providencias que requieran esa formalidad.
14. Intimidar de alguna manera a quienes deseen acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo para el control de sus actos.

De la misma manera, el artículo 77 de la citada norma, referente a los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad, establece que sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 78 de la norma en mención, determina cuál es la Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas, y dice que los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso, la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le corresponda.

La Ley 1437 de 2011 trae una apropiada figura que es la ejecución de los créditos, bien sea favor de las entidades públicas o de los particulares, así lo establece el artículo 79, que contempla que las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones



anteriores por jurisdicción coactiva y los particulares por medio de la jurisdicción ordinaria.

De otro lado, el numeral 1º del artículo 58 del Estatuto de Contratación, establece que la primera consecuencia de la declaratoria de responsabilidad civil es que la persona está obligada al “pago de indemnizaciones en forma en que determine la autoridad judicial competente”.

El numeral 3º del mismo artículo 58 del Estatuto de Contratación, establece que en caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. En caso de la declaratoria de responsabilidad civil en materia contractual, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos.

Hablar de responsabilidad económica o pecuniaria del funcionario frente a la Administración y frente al particular, por los perjuicios causados con su actuación en desarrollo de la actividad administrativa que tiene a su cargo, el funcionario ve directamente afectado su patrimonio.

Al funcionario le surge la obligación frente a la administración de indemnizar como consecuencia del mal o defectuoso cumplimiento de sus funciones que le causa perjuicios a esta, ante el particular, cuando su actuación personal lo afecta en su patrimonio.

Se hace efectiva esta responsabilidad citando al funcionario a las diligencias de conciliación que se adelanten antes del proceso judicial o llamarlo en garantía al proceso que se adelanta contra la Entidad, o ejercer la acción de repetición, según el caso.

Esta forma en que responde el funcionario es la más compleja, actualmente respecto a aquella predomina la teoría francesa de la culpa o falla personal para deducir la responsabilidad del funcionario donde inicialmente se le consideraba irresponsable.

Otro de los límites que existe frente al ejercicio de las funciones públicas de un funcionario, es la responsabilidad política, según la cual al ejecutar una de las conductas que constituyen delito, se incurre también en causal de pérdida de investidura de los congresistas, diputados, concejales, en proceso de

única instancia. A los primeros se les adelanta ante el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, en el término de veinte días y en dos instancias, a los dos últimos, en el término máximo de cuarenta y cinco días hábiles, correspondiendo a primera instancia al Tribunal Administrativo y la segunda a la Sección del Consejo de Estado, en Sala Plena Contenciosa, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de La ley 617 de 2000.

La Segunda Instancia corresponde a la Sala Plena, toda vez que, la norma citada hace referencia a la Sala o Sección que determine la ley, por lo cual, se debe atender a lo dispuesto por el artículo 184 de la Constitución que le atribuye a aquella la competencia para conocer de este tipo de acciones, competencia que también señala el artículo 1º de la Ley 144 de 1994, declarado parcialmente inexecutable.

Jurisprudencialmente, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de diciembre de 1993, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, expediente 7818, ha establecido que:

“Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a este puede imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 C.C.A.).

Se hace la precisión precedente porque en los eventos en los que se demanda a la Entidad y al funcionario y se demuestre la no culpa grave del agente o el dolo en el ejercicio de sus funciones, sino su culpa personal desligada en un todo del servicio público, deberá absolverse a la Entidad y condenarse a este”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993 respecto a las sanciones, en el evento de que se declare una responsabilidad civil o penal, los servidores públicos quedan inhabilitados para celebrar contratos con las Entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia respectiva, igualmente, por el mismo lapso de tiempo no podrán desempeñar cargos público; si se declara la responsabilidad disciplinaria, será sancionado con la destitución.

Como consecuencia de la responsabilidad civil, se condenará al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente, que para el caso será el Juez Contencio-

so Administrativo, dentro del proceso en que fuere llamado en garantía o como consecuencia de la acción de repetición que ejerza la Entidad; la sanción penal a la que se hace acreedor el funcionario es de prisión de cuatro a doce años, multa de doscientos a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años como fue tasada la sanción por el nuevo Código Penal modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En materia de responsabilidad contractual ha existido un amplio avance, ya que el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983 que regulaban esta materia, habían establecido inicialmente la responsabilidad por daños causados al contratista o a la administración, normas de carácter especial que se completaron con el Decreto 01 de 1984.

El Decreto 222, en materia contractual, de conformidad con lo contemplado en los artículos 290 a 297 determinaba la responsabilidad de los funcionarios por los perjuicios que causaran a la administración, al contratista o a terceros.

La Ley 80 de 1993, señala en el artículo 51 la responsabilidad del funcionario por sus acciones y omisiones y en el artículo 54 contempla la acción de repetición, entregándole la legitimación para su ejercicio a la Entidad, al Ministerio Público, a cualquier persona y de oficio al Juez.

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición, reconoció que dicha acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido de pagar a modo de indemnización, por los daños antijurídicos que haya causado un agente público y, se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes:

1. Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular.
2. Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público;
3. Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

Así mismo, el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes:

1. La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
2. La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación; transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
3. El pago realizado por parte de la Administración; y
4. La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

Los tres primeros han sido reconocidos como de carácter objetivo. Por su parte, la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente -arts. 177 del C.P.C., 90, 77 y 78 del C.C.A.

Es de precisar que para que se estructure la responsabilidad del servidor público, es necesario que actúe en forma antijurídica y que en sus acciones u omisiones se de la culpa grave o el dolo. Así, el numeral 2º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

“ Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

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

La antijuridicidad (del alemán *Rechtswidrigkeit*) se refiere:

“...en Derecho penal, a uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración de un delito o falta. Se le define como aquel desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, no solo al ordenamiento penal.

La antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está prohibida por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, que dicho comportamiento es contrario a Derecho”.

La expresión antijurídica arriba señalada no es usada en el ámbito del Derecho Administrativo con el significado que tiene en materia penal, en donde es suficiente que se realice la conducta típica que lesiona o pone en peligro el interés jurídico tutelado para que la conducta sea sancionable.

En Derecho Administrativo es necesario que se compruebe que se ha infringido la norma, hay que demostrar que se ocasionó un daño y que hubo responsabilidad del servidor público por haber actuado con culpa grave o dolo, si no se dan estas condiciones no se puede hablar de responsabilidad del servidor público.

En materia penal también se puede decir que se da un límite al ejercicio de las funciones públicas, porque cuando el funcionario ha ejercido una conducta que está tipificada como delito en el Código Penal, entre ellas, cabe mencionar: el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, el peculado, la concusión, el cohecho la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, los abusos de autoridad, y otras infracciones.

La Ley 80 de 1993 expresamente contempla la sanción a la que se someten los funcionarios que con sus acciones u omisiones antijurídicas afecten a las partes del contrato.

El artículo 57 de la Ley 80 de 1993 establece que como consecuencia de las acciones u omisiones, que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

1o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2o. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades

estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

Dicho precepto subroga la norma penal respecto a las sanciones que establece según las conductas señaladas en los artículos anteriores, pero deja la tipificación de la conducta en la forma en que la describe el código penal. Lo anterior, por cuanto, las sanciones de la Ley 80 de 1993 eran superiores a las del Código Penal, siendo aquella norma posterior y especial.

El Código Penal que entró en vigencia el 24 de julio de 2001, regula íntegramente la materia, descubre las conductas que constituyen el delito, las cuales encuadra en forma genérica con la denominación de celebración indebida de contratos, de conformidad con lo establecido en los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000 que subrogan los artículos 144, 145, 146 del Código Penal anterior, con lo que la nueva norma será aplicable a las conductas constitutivas de infracción penal realizadas dentro de la actividad penal contractual.

Se reitera la misma sanción de prisión pero se incrementan las sanciones accesorias, porque de una multa de veinte a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes se pasa al parámetro de cincuenta a doscientos y se adiciona la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años.

Es así como los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000 fueron modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, incrementando severamente las penas a partir del primero de enero de 2005, así el artículo 14 establece que las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal, se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la mencionada presente ley.

Constituyen hechos punibles las siguientes conductas según el Código penal vigente:

- Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades:

El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebra-

ción de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

- Existencia de un interés ilícito en la celebración de contratos, que se presenta cuando el empleado oficial tiene un interés, en beneficio para sí o para el de un tercero, en cualquier tipo de contrato u operación en que tenga que intervenir por razón de sus funciones o de su cargo.
- Interés indebido en la celebración de contratos: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.
- El trámite de cualquier actuación de carácter contractual sin el cumplimiento de los requisitos esenciales o legales como la celebración o liquidación de un contrato, con el fin de obtener un provecho ilícito para el funcionario, para el contratista o para un tercero.
- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

De la misma manera, la Ley 80 de 1993 en su artículo 56 hace aplicable la mencionada disposición a los particulares incurso en cualquiera de las conductas contractuales constitutivas de delito pues establece que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos .

Otro de los límites al ejercicio de las funciones públicas tiene que ver con la afectación a la investidura del funcionario, que se refiere a la responsabilidad disciplinaria y en cual se enmarcan las conductas que si bien no constituyen delito, alteran el cumplimiento de las funciones asignadas a la persona y cuya sanción dependen de la gravedad de la falta.

La normativa en materia disciplinaria aplica los correctivos necesarios para encarrillar el actuar del funcionario cuando esto es posible, o restablecer la marcha del servicio mediante la desvinculación del agente si no existe otra solución de carácter legal.

Quien debe exigir a los funcionarios el estricto cumplimiento de las obligaciones a fin de asegurar el cumplimiento en debida forma de la función a su cargo es la entidad, por lo que tiene la facultad de sancionarlos frente a la existencia de alguna falta que irrumpa la prestación del servicio a su cargo y exigirle responsabilidad por las conductas realizadas fuera del marco de su gestión.

Es de precisar que frente a estos límites no son excluyentes la responsabilidad penal y la disciplinaria, toda vez que, se relacionan por lo que un mismo hecho puede ser objeto de que se le apliquen sanciones penales y disciplinarias, pero puede ocurrir el caso de que un hecho puede no llegar a constituir delito pero sí falta administrativa grave, que acarree como sanción una destitución o indicios de culpabilidad a juicios de la administración, pero que no constituyen sanción penal.

A grosso modo, la responsabilidad disciplinaria está regulada en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, reglamentados por el Decreto 1950 de 1973, modificados por la Ley 13 de 1984 y el Código Único Disciplinario, Ley 200 de 1995, además, se consagró una regulación complementaria en el Decreto 01 de 1984 artículo 76 mediante descripción de ciertas causales constitutivas de mala conducta del funcionario, en cuyo enunciado se protegen los principios consagrados en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que no solo pueden afectar su investidura llevándolo a una posible destitución sino que puede afectar su patrimonio, debido a se hace acreedor a una sanción pecuniaria que, con el Decreto 2265 de 1987 se elevó a la suma de dos millones ciento diez mil pesos y que continuará incrementándose, porque las cuantías del Código varían en un 40% a partir del primero de enero de 1990 de conformidad con el Decreto 597 de 1988.

De conformidad con lo establecido en el artículo 76 del anterior Código Contencioso Administrativo, respecto a las causales de mala conducta que este consagra, se refieren en términos generales a que el funcionario cumpla con el derecho de petición, a su trámite, a la oportuna decisión de las reclamaciones o peticiones, al cumplimiento de los principios que orientan las decisiones administrativas y al cumplimiento y ejecución oportuna de los fallos.

La entidad en todo caso debe imponer las sanciones, como bien lo manifiesta Iván Velásquez Gómez, la acción disciplinaria puede ser ejercida directamente por esta "en cuyo caso se habla de control disciplinario interno", en contraposición al que corresponde al Ministerio Público que se conoce como control disciplinario externo.

CONCLUSIONES

Según el ordenamiento jurídico colombiano, el funcionario se ubica en solidaridad con el Estado, toda vez que, se permite que se demande independientemente bien sea al funcionario o a la Entidad, o a ambos, a elección del titular de la acción para que el particular que ha sido perjudicado pueda obtener el resarcimiento que busca, ya que si solo pudiera ejercer la acción frente a aquel, la sentencia no podría tener efectividad por la insolvencia patrimonial.

No existe un vínculo de solidaridad entre el funcionario y el Estado, porque no son una persona diferente, el funcionario es el órgano por cuyo conducto actúa la administración, mediante el cual expresa su voluntad, por lo que la responsabilidad por el daño causado recae sobre el ente estatal, cuestión diferente en el caso de que por la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario, la entidad pueda repetir contra éste el pago que llegue a efectuar como consecuencia de la sentencia en la que se haya establecido el deber de responder.

El establecimiento de unos límites para los funcionarios y el hecho que deben responder en la contratación sigue siendo de gran preocupación para el legislador, según el régimen de los contratos la conducta dolosa o gravemente descuidada del funcionario no solo ha causado inmensos perjuicios al Estado y a la comunidad, sino que ha permitido que por motivos innobles o debido a persecuciones políticas se des-

borde el interés general con grave perjuicio para el contratista.

En materia contractual, la mayoría de las decisiones de los funcionarios suelen estar marcadas por la imprevisión, ignorancia, negligencia y aún por intereses que llevan a que haya una condena inexorable de la administración, la cual es obligada a pagar cuantiosas sumas por la conducta del funcionario, sin que este resulte afectado en ningún aspecto de su integridad económico social ya que según el régimen colombiano, inicialmente se mantenía la absoluta irresponsabilidad del que así actuaba. El funcionario pasó a ser sujeto pasivo de las acciones para resarcir los perjuicios originados en su actuación y su conducta sometida a la decisión del juez para disminuirle la responsabilidad que tenga frente a la indemnización que reclama el particular.

El servidor público en el ejercicio de sus funciones y específicamente en materia contractual, debe enmarcar su actuar según lo establecido en el conjunto de normas vigentes contempladas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, porque éste tiene límites, es decir, no puede actuar arbitrariamente, al hacerlo o al actuar fuera de lo señalado en la norma, incluso al omitir lo que esta contempla, debe responder según los diferentes tipos de responsabilidad en los que haya incurrido con su actuación.

En el ejercicio de sus funciones contractuales, los funcionarios públicos deben acatar unos parámetros de comportamiento no solo consigo mismo, con la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y por lo tanto al Estado, lo que le impone por encima de cualquier cosa tener claros y aplicar conceptos esenciales en todos los seres humanos como la lealtad, sentido de pertenencia, servicio, sacrificio, respeto, disciplina, honorabilidad, voluntad y honradez, entre otras, siempre en beneficio de las instituciones, la ciudadanía y el Estado, reflejando lo que constituye realmente el Estado y su esencia en todas sus dimensiones, máxime tratándose de un Estado Social de Derecho, cuya actividad estatal haga efectiva la igualdad entre los gobernados, en procura de la democracia y los fines sociales de toda estructura institucionalizada de poder.

Aunque en la realidad colombiana propender por una transparencia y una credibilidad de la ciudada-

nía en sus instituciones para beneficio de todos resulta poco aceptable y difícil de aplicar, como ocurre especialmente en materia contractual, ya que existe un concepto de que la contratación pública se trata de una actividad corrupta debido a las malas prácticas realizadas por los funcionarios en el desempeño de su labor, lo cual debe cambiar; es importante que por tratarse de un asunto público, los ciudadanos que conozcan dichas prácticas de manera inmediata las pongan en conocimiento de las autoridades competentes a fin de que se investiguen a los funcionarios, se impongan las sanciones respectivas y se tomen las medidas pertinentes.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código Contencioso Administrativo, [C.C.A]. Decreto 01 de 1984. Artículos. 2 de enero de 1984 (Colombia).
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. 41.094.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación. 16 de enero de 2007. D.O. 46691.
- Código Penal Colombiano, [C.P.]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -Subsección "C"- Radicación numero: 25000-23-26-000-2000-01876-01 (25.597). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz respecto a la acción de repetición. Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011).
- Constitución Política de Colombia de 1991, [C.P.]. 4 de julio de 1991 (Colombia).
- Decreto 222, 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 2 de febrero de 1983. D.O. año CXIX. N. 36189. 9.
- Laubaderé, A. (1947). *Manuel de Droit Adminidratif*. Librairie générale de droit et de jurisprudence: París.
- Ley 1437, 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. D.O. No. 47.956.
- Ley 599, 2000, Por la cual se expide el Código Penal Colombiano.
- Meléndez, J. I. (2009). *La responsabilidad contractual en el Derecho Público de los contratos estatales. Tomo I*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda.
- Palacio, J. Á., (2010). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.