

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT CONTRACTING OFFICIALS IN COLOMBIA

Andrea Torres Estepa*

Fecha de entrada: 17 de septiembre de 2013

Fecha de aprobación: 1 de octubre de 2013

RESUMEN**

La legislación colombiana vigente obliga a todos los funcionarios del Estado a que respondan por los perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones en razón del cargo que desempeñan. Por lo tanto, la responsabilidad del funcionario es en solidaridad con la del Estado, de ésta manera es posible demandar independientemente bien sea al funcionario o a la Entidad, incluso es posible demandarlos a ambos por lo que es la persona que va a presentar o a interponer la acción, esto es el demandante quien elige de acuerdo a lo anterior a quien demanda con el fin de que le sea resarcido el perjuicio ocasionado.

Aunque en la actualidad se ha avanzado de manera significativa en establecer los límites de la responsabilidad del funcionario lo cual en últimas se ve reflejado en la regulación de la responsabilidad – por qué responde y hasta donde va su responsabilidad, no puede asegurarse que exista un vínculo de solidaridad entre éste y el Estado. La administración actúa mediante el funcionario, entonces es a través del funcionario que expresa su voluntad, así la responsabilidad por el daño o

* Abogada Cum –Laude; Conciliadora en Derecho; Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos; Especialista en Derecho Administrativo y Magister en Pedagogía de los Derechos Humanos. Grupo Investigación Galash UPTC.

** Artículo de investigación jurídico producto de un proyecto de investigación titulado responsabilidad de los funcionarios en la contratación estatal en Colombia vinculada a la línea de investigación en Derecho público.

El método utilizado en esta investigación es jurídico- legal teniendo como fuentes la norma y sus respectivas reformas.

perjuicio ocasionado recae sobre el ente estatal, a no ser que con ocasión de una actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario la entidad pueda ejercer la acción de repetición contra el funcionario, caso en cual éste debe efectuar el pago a que haya lugar a favor del demandante determinado en la sentencia que haya determinado la responsabilidad.

Específicamente en relación a la contratación en materia administrativa, el artículo 51 de la ley 80 de 1993, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos establece que estos responderán disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley, pero según la doctrina adicionalmente existen otros tipos de responsabilidad de los funcionarios en la contratación estatal: responsabilidad personal, fiscal, pecuniaria o económica y política.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad, Funcionarios, Contratación, Estado, Daño.

ABSTRACT

The current Colombian law requires all officials to answer for the damages caused in the exercise of his duties by reason of his performing.

Therefore, the responsibility of the officer is in solidarity with the State, in this way it is possible to independently sue either the official or the Entity may even sue you both for what the person to submit or file the action, it is the plaintiff who chooses according to the above who demand to be compensated for the damage he caused.

Although today has made significant progress in establishing the limits of official responsibility which ultimately is reflected in the regulation of responsibility - why will respond and to where responsibility can not be sure that there is a link solidarity between it and the State.

The administration official acts by, then it is through the official who consents to and responsibility for damage or injury caused rests with the state agency, unless the occasion of willful misconduct or gross misconduct of the bank official can exercise the right of recourse against the official, in which case it shall pay in such event given for the plaintiff in the judgment to be given the responsibility.

Specifically in relation to the hiring of administrative, Article 51 of Law 80 of 1993, referring to the responsibility of public servants respond establishes that these disciplinary, civil and criminal law for their actions and omissions in the performance of contract in terms of the Constitution and the law, but according to the doctrine additionally other types of accountability of officials in government procurement: personal responsibility, fiscal, monetary or economic policy.

KEY WORDS:

Responsibility, Officers, Recruitment, State, Harm.

RESUME

La législation colombienne en vigueur oblige tous les fonctionnaires de l'État auquel ils répondent par les préjudices qu'ils causent dans l'exercice de ses fonctions dans la raison de la charge qu'ils dégagent.

Par conséquent, la responsabilité du fonctionnaire est dans une solidarité celle-là de l'État, de celle-ci une manière est possible demander indépendamment bien soyez au fonctionnaire ou à l'Entité, même il est possible de les demander aux deux parce qu'elle est la personne qui va présenter ou à interposer l'action, c'est le demandeur qui choisit conformément à l'antérieur celui à qui il demande afin de que le préjudice occasionné est dédommagé.

Bien qu'il ait été actuellement avancé d'une manière significative dans a établi les limites de la responsabilité du fonctionnaire ce qui dans dernières se trouve reflété dans la régulation de la responsabilité - pourquoi il répond et où sa responsabilité va, on ne peut pas assurer qu'un lien de solidarité existe entre celui-ci et l'État.

L'administration agit au moyen du fonctionnaire, alors c'est au fonctionnaire qu'il exprime sa volonté, j'ai pris la responsabilité par le dommage ou un préjudice occasionné retombe sur l'entité étatique, si seulement à l'occasion d'un

comportement dolosif ou gravement culposa du fonctionnaire l'entité ne peut exercer l'action de répétition contre le fonctionnaire, je me marie dans qui celui-ci doit effectuer le paiement auquel un hêtre un lieu en faveur du demandeur déterminé dans la sentence qui a déterminé la responsabilité.

Spécifiquement dans une relation à l'engagement dans une matière administrative, l'article 51 de la loi 80 de 1993, en se rapportant à la responsabilité des domestiques publics établit que ceux-ci répondront disciplinaire, civil et pénalement par ses actions et omissions dans le comportement contractuel dans les limites de la Constitution et de la loi, mais selon la doctrine de plus existent d'autres types de responsabilité des fonctionnaires dans l'engagement étatique: une responsabilité personnelle, fiscale, pécuniaire ou économique et politique.

MOTS-CLES

Une responsabilité, les Fonctionnaires, l'Engagement, État, J'abîme.

INTRODUCCIÓN

Al hablar de responsabilidad contractual, dentro de éste amplio tema existen cuatro tipos de responsabilidad específica:

La responsabilidad de las entidades, que consiste en que éstas responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas; cuándo éstas sean

responsables deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione al contratista, la prolongación de dicha disminución y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el mismo.

La responsabilidad de los contratistas, quienes responden por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos previstos en la ley, ésta responsabilidad puede ser civil y penal.

La responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, quienes responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría y asesoría como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Finalmente la responsabilidad de los funcionarios en la contratación del Estado quienes con sus acciones y omisiones en la actividad contractual tienen una responsabilidad de carácter personal.

Son estos tipos de responsabilidad las que se desarrollarán en el presente escrito en donde se hará un análisis profundo desde el punto de vista jurídico, enumerando y explicando las formas de responsabilidad de los funcionarios en materia contractual según la normativa vigente en Colombia, de ésta manera se presentan los criterios planteados por la autora del presente trabajo y las conclusiones a las que se llegan una vez realizado dicho análisis.

Para hablar acerca de la responsabilidad de los funcionarios en la contratación del Estado es importante aclarar algunos conceptos:

El término responsabilidad, según la Real Academia Española, hace referencia al:

“compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la

obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.

(...) es la habilidad del ser humano para medir y reconocer las consecuencias de un episodio que se llevó a cabo con plena conciencia y libertad.

(...) una persona responsable es aquella que desarrolla una acción en forma consciente y que puede ser imputada por las derivaciones que dicho comportamiento posea. De este modo, la responsabilidad es una virtud presente en todo hombre que goce de su libertad.

(...) una persona que se caracteriza por su responsabilidad es aquella que tiene la virtud no sólo de tomar una serie de decisiones de manera consciente sino también de asumir las consecuencias que tengan las citadas decisiones y de responder de las mismas ante quien corresponda en cada momento.

(...) es vital que dicho individuo tenga también razón. Así, quien carece de raciocinio, como por ejemplo un niño o un desequilibrado, no puede ser responsable de sus actos”.

Jurídicamente hablando, se habla de responsabilidad jurídica para:

“describir la violación de un deber de conducta que ha sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo

externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Una persona que es juzgada de acuerdo a las leyes y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica será objeto entonces de una sanción, que puede incluir hasta la pérdida de su libertad (el encarcelamiento)”.

De otro lado, un funcionario es una persona que:

“desempeña un empleo público. Se trata de un trabajador que cumple funciones en un organismo del Estado.

Quienes se desempeñan como funcionarios suelen contar con un contrato de trabajo muy diferente a los que se presentan en la actividad privada. Lo habitual es que el funcionario público tenga condiciones más beneficiosas (horario reducido, vacaciones más extensas, mayor seguridad laboral) para evitar que los mejores hombres trabajen en el negocio privado y lograr que permanezcan al servicio de la sociedad en general a través de las dependencias estatales.

Los Estados de derecho en democracia suelen contar con mecanismos específicos para que la contratación de funcionarios sea objetiva y se lleve a cabo de acuerdo al mérito. Los concursos públicos para la asignación de cargos son habituales, aunque no imprescindibles ya que dependen del tipo de trabajo a realizar”.

El término Contratación Estatal, tema que regula la ley 80 de 1993 en Colombia, hace alusión a que:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

De acuerdo a lo anterior, es importante precisar entonces cuales entidades se sujetan a esta ley:

“ La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha

participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

Desde ésta perspectiva, con base en la teoría de la responsabilidad del Estado y su evolución, la base de su estructura es la responsabilidad de los funcionarios, 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.

La Norma de Normas colombiana en su artículo 6 establece que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades

por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, norma que es el sustento de la responsabilidad de los funcionarios, la cual se refuerza con la consagración de la obligación de repartir el pago contra ellos cuando el Estado deba pagar alguna condena originada en su conducta dolosa o gravemente culposa.

Actualmente se da la tendencia en la legislación de exigir la responsabilidad a todos los funcionarios del Estado por los perjuicios que causen en el desempeño de sus funciones; se reguló en forma aislada en el Decreto 222 de 1983, e la forma en que la había introducido el Decreto 150 de 1976, 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.

En éste conjunto de normas, la responsabilidad del 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.

Es de señalar que si bien existe un avance significativo en la regulación de la responsabilidad del funcionario, no puede tenerse la existencia de un vínculo de solidaridad entre éste y el Estado, pues el

funcionario y el Estado 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 la responsabilidad. Actualmente hablar de una responsabilidad institucional, radicada en la entidad Estatal, quien en la prestación de un servicio a la comunidad causa un daño, el cual debe resarcir.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación de la responsabilidad de los funcionarios en la contratación ha sido de gran preocupación para el legislador pese a ser el campo donde primero se reguló, pues 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 desborde el interés general con grave perjuicio para el contratista. Así a ley 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983, la ley 58 de 1982 y el Decreto 01 de 1984 se dirigen inicialmente respecto de éstas conductas.

En la actividad administrativa específicamente 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 éste

resultara 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.

Este estado de cosas terminó, y el funcionario pasó a ser sujeto pasivo de las acciones resarcitorias originada en su actuación y su conducta sometida a la decisión del juez para reducirle la responsabilidad que le quepa frente a la indemnización que reclama el particular.

Así, 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, ésta norma es 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.

Es de precisar que 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, pues 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).

METODOLOGÍA

Análisis de investigación jurídico legal a través del cual se hace una investigación acerca de las nuevas disposiciones legislativas reguladoras.

SUMARIO

1. Responsabilidad Personal; 2. Responsabilidad Fiscal; 3. Responsabilidad Económica O Pecuniaria; 4. Responsabilidad Civil; 5. Responsabilidad Penal; 6. Responsabilidad Disciplinaria; 7. Responsabilidad Política; 8. Conclusiones; 9. Referencias Bibliográficas; 10. Infografía.

FORMAS DE RESPONSABILIDAD

Al hacer referencia al tratamiento de la responsabilidad del funcionario en materia contractual, en Derecho se hace indispensable ubicarla desde diferentes ángulos a saber, responsabilidad civil, penal, disciplinaria, económica o pecuniaria, fiscal, política, y por la gestión administrativa.

Específicamente frente a la contratación administrativa, el artículo 51 de la ley 80 de 1993, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos establece lo siguiente:

“El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente

por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”.

A continuación se explican los diferentes tipos de responsabilidad:

1. RESPONSABILIDAD PERSONAL

Existen casos en los cuales el agente del Estado actúa comprometiendo exclusivamente su responsabilidad y no la del servicio; para determinar los casos en que puede presentarse los tratadistas han acudido a diferentes hipótesis, todas encaminadas a desvincular la conducta de la función estatal que desempeña.

Andre Laubaudere¹ 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 que 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 Laferriere 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”.

1 LAUBAUDERE ANDRE, Manuel de Droit Administratif. Paris, 1947.

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)”.

2. RESPONSABILIDAD FISCAL

Ésta responsabilidad 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 que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la ley 610 de 2000 busca el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva Entidad Estatal.

Ésta ley se refiere a la responsabilidad que existe cuando por omisión o acción en el manejo fiscal a su cargo, el funcionario o particular según el caso, cause algún daño al patrimonio público. La imputabilidad a título de culpa pues bastaba la existencia de culpa leve (parágrafo 2, artículo 4) en contraposición a la culpa grave que exige el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia lo que generaba cierta duda de constitucionalidad de la disposición en éste aspecto dado que la responsabilidad

fiscal es la especie del género que consagra la norma constitucional.

3. RESPONSABILIDAD ECONÓMICA O PECUNIARIA

Se trata de la responsabilidad 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 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 ésta; ante el particular cuando su actuación persona lo afecta en su patrimonio.

Se hace efectiva esta clase de 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.

Ésta responsabilidad es la más compleja; actualmente respecto a ésta predomina la teoría francesa de la culpa o falla personal para deducir la responsabilidad del funcionario donde inicialmente se le consideraba irresponsable.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

Se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios causados en los términos que establece la constitución y la ley.

El artículo 77 del Decreto 01 de 1984 anterior Código Contencioso Administrativo establece 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 es así como establece lo siguiente en el

“Artículo 76. Causales de mala conducta de los funcionarios. sanciones disciplinarias. 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.

Artículo 77. De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad: 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.

Artículo 78. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa: 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 correspondiere”.

La ley 1437 de 2011 trae una apropiada figura que es la ejecución de los créditos bien se a favor de las entidades públicas o de los particulares, es así como lo establece el

“Artículo 79. Ejecución de créditos a favor de las entidades públicas, o de los particulares. 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 ordinal 1 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 ordinal 3 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”.

5. RESPONSABILIDAD PENAL

Ésta clase de responsabilidad se presenta cuando el funcionario ha ejercido una conducta que está tipificada como delito en el código penal, entre ellas podemos 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 ésta ley establece:

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 civiles o penalmente”.

Dicha norma subroga la norma penal en cuanto a las sanciones que establece respecto de las conductas señaladas en los artículos anteriores pero deja la tipificación de la conducta en la forma en que la describe el código penal. Esto 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 pues 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 inhabilitación 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, dice este artículo 14:

“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 presente ley”.

Constituyen hechos punibles las siguientes conductas:

Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades:

Contempla el Código Penal en su artículo 408 lo siguiente:

“Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación 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.

Establece el Código Penal en su artículo 409 lo siguiente:

“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.

Contempla el Código Penal en su artículo 410 lo siguiente:

“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”.

6. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En éste tipo de responsabilidad se afecta la investidura del funcionario, se enmarcan en ésta clase de responsabilidad 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 disciplinaria aplica los correctivos necesarios para encarrilar 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.

Es la entidad 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 por lo que tiene la facultad de sancionarlos frente a la existencia de alguna falta que perturbe la prestación del servicio a su cargo y exigirle responsabilidad por

las conductas realizadas fuera del marco de su gestión.

La responsabilidad penal y la disciplinaria se relacionan y no son excluyentes por lo tanto, un mismo hecho puede ser objeto de que se le apliquen sanciones penales y disciplinarias, obviamente un hecho puede no llegar a constituir delito pero sí falta administrativa grave que dé una destitución o indicios de culpabilidad a juicios de la administración pero que no constituyen sanción penal.

La responsabilidad disciplinaria general, en Colombia 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 pues 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 pues 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 éste 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 ésta "en cuyo caso se habla de control disciplinario interno" en contraposición al que corresponde al Ministerio Público que se conoce como control disciplinario externo.

7. RESPONSABILIDAD POLÍTICA

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.

Se habla de que 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 1 de la ley 144 de 1994, declarado parcialmente inexecutable.

De otro lado, la jurisprudencial, 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 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 Contencioso 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.

De acuerdo a lo anterior, respecto a la responsabilidad de los funcionarios en la contratación del estado y las formas de responsabilidad según la normativa vigente que para el caso aplica, la jurisprudencia y doctrina antes referenciadas, es de señalar el siguiente planteamiento producto del análisis realizado: 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.

A continuación lo referido por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección "C" - Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz respecto a la acción de repetición:

"Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01876-01 (25.597)

Actor: Lotería de Bogotá

Demandado: Luis Carlos Rangel Franco

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Acción de Repetición - Naturaleza jurídica - elementos y requisitos de procedibilidad

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición se 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:

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;

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;

Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes:

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;

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;

El pago realizado por parte de la Administración; y

La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

En donde, los tres primeros se ha reconocido son 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 en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 177 del C.P.C. y los artículos 90, 77 y 78 del C.C.A...”.

Es de precisar que para que se estructure la responsabilidad el servidor público es necesario que actúe en forma antijurídica y que en sus acciones u omisiones se dé la culpa grave o el dolo. Así, el numeral 2 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 sólo 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”.

Es importante destacar que la expresión antijurídica arriba señalada no es tan usada en el ámbito del Derecho Administrativo, por lo tanto éste término no debe tomarse 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 materia administrativa 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.

CONCLUSIONES:

Todo servidor público está al servicio del Estado de la Comunidad y debe ejercer funciones en las formas previstas por la Constitución, la ley o reglamento estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley.

Al servidor público deben asistirlo compromisos consigo mismo, la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y por ende el Estado, lo que le impone por encima de cualquier cosa actuar con lealtad, entrega, vocación, sacrificio, capacidad, disciplina, honorabilidad, voluntad y honradez, entre otras muchas consideraciones y convicciones en beneficio, más no en detrimento de las instituciones, ciudadanía y 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.

Las acciones de los servidores públicos deben encaminarse urgentemente a borrar el concepto negativo que tienen los ciudadanos o puedan tener sobre el manejo de las instituciones del Estado, más bien con dirección a robustecer éste servicio a través de sólidos y congruentes fortalecimientos en lo democrático, institucional, y estatal en beneficio de todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Constitución Política de Colombia.

C Ó D I G O C O N T E N C I O S O ADMINISTRATIVO, (2010) Decreto 01 de 1984 por medio del cual se adopta el Código Contencioso Administrativo.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 80 (1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 1150 (2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación.

CONSEJO DE ESTADO, (2011) Relatoría Jurisprudencia 1915 – 2011.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Colombia (2010). Bogotá Editorial Legis.

DECRETO 222 DE 1987, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

LAUBAUDERE ANDRE, Manuel de Droit Administratif. Paris, 1947.

LEY 599 DE 2000, Por la cual se expide el Código Penal Colombiano.

LEY 890 DE 2004 Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

MELÉNDEZ JULIO, Inocencio (2009). La responsabilidad contractual en el Derecho Público de los contratos estatales. Tomo I. Ediciones doctrina y Ley Ltda.

PALACIO INCAPIÉ, Juan Ángel, (2010). La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

RODRÍGUEZ, LIBARDO (1996). Derecho Administrativo. Novena Edición Actualizada. Editorial Temis S.A.

VIDAL PERDOMO, Jaime, (1997). Derecho Administrativo. Undécima Edición Actualizada. Editorial Temis S.A.

INFOGRAFÍA:

Definición de responsabilidad - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/responsabilidad/#ixzz2dTPAd4Mk>

Definición de funcionario - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/funcionario/#ixzz2dTAgJkXl>
<http://www.nacionvisible.org/contratacion.htm>