

Sentencia C-563/98

FUNCION PUBLICA-Noción amplia y restringida

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE CONTRATISTA, CONSULTOR, INTERVENTOR Y ASESOR-Que participen en procesos de contratación

Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

En contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor

público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

REGIMEN DISCIPLINARIO-No puede ser aplicable a particulares/REGIMEN DISCIPLINARIO-Destinatarios/REGIMEN PENAL-Destinatarios

Es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria. Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona.

Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos. No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley. La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad.

FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES-Asimilados a servidores públicos/OMISION LEGISLATIVA-Irrelevante

El segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva. Con anterioridad a la Constitución de 1991, la expresión empleado oficial constituía un género que designaba en general a los servidores públicos. La

norma en cuestión lo que hace es poner a tono las regulaciones existentes en el Código Penal y de Procedimiento Penal que empleaban dicha expresión con lo que dispone el art. 123 de la Constitución. Por consiguiente, el párrafo acusado se ajusta a ésta, en la medida en que sustituye la referida expresión por la de servidor público. No es válido el argumento del demandante en relación con la anotada omisión legislativa, porque dentro del concepto de servidor público se comprende a los funcionarios a las cuales se refiere la censura. En tal virtud, la referida omisión es irrelevante.

PECULADO-Concepto de bienes

El concepto de bienes es noción omnicomprensiva, porque se refiere a todo lo que una persona posee o de lo cual es dueña y que en conjunto da origen a su activo patrimonial. Por lo mismo, cuando se habla de los bienes del Estado, se hace referencia tanto a los públicos como a los privados o fiscales, según las normas civiles.

PECULADO POR EXTENSION EN RELACION CON PARTICULARES

Debe tenerse en cuenta que el delito de peculado se comete no sólo por un funcionario público, sino también por un particular que administre o tenga bajo su custodia bienes del Estado o de sus empresas o instituciones y realice sobre ellos cualquiera de las conductas previstas en el tipo penal. En sentido estricto, es pertinente observar que la norma propiamente no asimila al particular a un servidor público, pues el tipo penal se estructura bajo el entendido de que el sujeto activo de este ilícito es precisamente un particular. Sin embargo, mirada desde la perspectiva de su contenido y de la finalidad que se propone no cabe duda que se tuvo en cuenta objetivamente que la actividad del particular que realice cualquiera de las acciones descritas en el numeral 1º, constituye materialmente función pública. En relación con el segundo numeral que hace referencia a los bienes pertenecientes a empresas, instituciones que administren o tengan bajo su custodia el particular, de propiedad de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, debe entenderse que dichos bienes, como lo señala el señor Fiscal de la Nación, merecen especial protección “por mandato de los artículos 38, 39, 51, 58, 64 y 103 de la Constitución Política.... a fin de garantizar que su administración, custodia o manejo, se efectúe de conformidad con las finalidades señaladas para cada tipo de asociación”. Es evidente que al hacer extensivo el peculado a la protección

de estos bienes el legislador, en el ejercicio de su libertad política para conformar la norma penal, tuvo en cuenta el interés general que representa la protección de dichos bienes, en razón de la naturaleza social de las organizaciones a las cuales pertenecen y a la finalidad a la cual están destinados.

Referencia: Expediente D-1989

Normas Demandadas:

Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 80 de 1993, artículos 52, 53 y 56, y la ley 190 de 1995, artículos 18, 19 y 20

Actor: Nicolás Alberto Daníes Silva.

Magistrados Ponentes:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL y

Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a proferir la sentencia correspondiente en relación con la demanda presentada por el ciudadano Nicolás Alberto Daníes Silva, contra los artículos 2 (parcial), 51, 52, 53 y 56 de la ley 80 de 1993, 18, 19 y 20 de la ley 190 de 1995.

II. TEXTO DE LA NORMAS ACUSADAS.

Se transcriben a continuación las normas acusadas.

LEY 80 DE 1993

“Por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública”.

(...)

“Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y

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

“Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley.

“Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos y 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”.

“Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

LEY 190 DE 1995

“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”.

(...)

“Artículo 18. Modifícase el artículo 63 del Código Penal, así:

“Artículo 63. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

“Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión

Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

“Parágrafo. La expresión ‘empleado oficial’ se sustituye por la expresión ‘servidor público’, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal”.

“Artículo 19. El artículo 133 del Código Penal quedará así:

“Artículo 133. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años”.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad”.

“Artículo 20. El artículo 138 del Código Penal quedará así:

“Artículo 138. Peculado por extensión. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

“1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste”.

“2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”.

III. LA DEMANDA.

Según el actor, los apartes acusados de los artículos 52, 53 y 56 de la ley 80 de 1993 quebrantan los artículos 6, 123 y 124 de la Constitución por cuanto tales disposiciones le

asignan, al contratista, interventor, consultor y asesor, que obran como simples particulares cuando intervienen en el proceso de contratación estatal, la condición de servidores públicos y correlativamente les exigen responsabilidad civil y penal.

Efectivamente, las referidas personas no cumplen una función pública al celebrar contratos con el Estado, sino una función social; sólo contraen obligaciones para ejecutar idónea y oportunamente el objeto contratado, y sus actividades se desarrollan en forma independiente, sin que se genere una relación laboral con la entidad contratante.

Las normas demandadas les otorgan un tratamiento discriminatorio a dichas personas que vulnera el principio de igualdad, pues las sanciones previstas por las disposiciones acusadas no se aplican a los otros sujetos que contratan con el Estado como son, entre otros, los terceros responsables, los consorcios, las uniones temporales, las personas jurídicas nacionales y extranjeras, etc.

Además, la asimilación de las personas a que aluden las normas censuradas a servidores públicos, puede conllevar a que sean juzgados dos veces por el mismo hecho, en contravía de lo dispuesto por el artículo 29 superior, dado que deben responder no solamente en la condición anotada, sino como particulares.

En relación con el artículo 18 de la ley 190 de 1995, que modificó el artículo 63 del Código Penal, considera que es una norma redundante y que induce a confusión, porque muchas de esas personas ya están reconocidas como servidores públicos y, además, porque pueden generar equívocos con otros empleados sobre los cuales se duda si son servidores públicos o no.

El precepto en cuestión viola la Constitución al incluir como servidores públicos a los particulares que ejercen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, cuando el inciso final del artículo 123 no les da este carácter, porque “los particulares que desempeñan funciones públicas tendrán un régimen especial con una reglamentación que guiará su ejercicio, y que a la fecha el gobierno no ha expedido esa ley”.

También anota que el párrafo del artículo 18 de la ley 190/95 vulnera la Constitución al sustituir la expresión “empleado oficial” por la de “servidor público”, que es utilizada en los códigos penal o de procedimiento penal, porque excluye otros servidores que si contempla la

Constitución como son el Presidente de la República, los Ministros, Jueces, Contralor, Fiscal, etc.

En relación con el artículo 19 de la ley 190, que modificó el artículo 133 del Código Penal, estima el demandante que desconoce las previsiones del artículo 10 de la Constitución, sobre el buen uso del castellano como idioma oficial de Colombia, porque el peculado es un delito que consiste en la apropiación o aplicación indebida de caudales del erario por quien tiene a su cargo su custodia o administración, y no en general de “bienes”, como lo señala la norma acusada.

Sobre el artículo 20 de la ley 190, que modificó el artículo 138 del Código Penal, advierte el actor que infringe la Constitución por cuanto se aplica la figura del peculado por extensión a los particulares que administran bienes del Estado, a pesar de que este tipo penal solo puede predicarse de los servidores públicos.

IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PUBLICAS.

1. Del Ministerio del Interior.

Mediante apoderado, el Ministerio del Interior intervino en el proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda.

Considera que el actor edifica los cargos contra las normas acusadas sobre la base de la pretendida inconveniencia de que el legislador dé diferentes denominaciones o definiciones en la ley a las consagradas en la Constitución. Por consiguiente, estima equivocadas sus apreciaciones y para ello hace un análisis detallado con base en la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre la interpretación de las normas jurídicas.

2. Del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado, solicitó la declaración de exequibilidad de las normas acusadas.

Invocando la sentencia C-449/921 de la Corte se refiere a la contratación estatal, en los términos del estatuto de la ley 80 de 1993, a sus objetivos, a las atribuciones que tiene el legislador para regular lo atinente a los sujetos que intervienen en la relación contractual y a

las responsabilidades que se les puede exigir.

En efecto, dice el apoderado de dicho organismo:

“Es claro que corresponde a la ley como en efecto lo hizo el Congreso al expedir las leyes 80 de 1993 y 190 de 1995, reglamentar, en desarrollo del 123 de la Constitución Política, el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”.

“Tanto la ley 80 de 1993 como la ley 190 de 1995 es (sic) clara en los artículos que se transcribieron anteriormente en el tratamiento que se deben tener tanto los servidores públicos como los particulares que ejerzan funciones pública en forma permanente o transitoria pues están ejerciendo una función pública y esto debe ser reglamentado por la ley conforme a lo establecido en el artículo 123 de la Carta”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación en el concepto que rindió solicitó a la Corte declarar exequibles las normas acusadas.

- Según criterio de la Procuraduría, la responsabilidad civil y penal de los contratistas, consultores, interventores y asesores externos en los procesos de contratación estatal tiene un fundamento objetivo, porque toma en consideración la importancia que para el Estado asume la actividad de estos particulares en tales procesos, a diferencia de los servidores públicos cuya responsabilidad en la contratación esta inspirada en un criterio subjetivo que atiende a la titularidad de la función pública.

En este orden de ideas, las previsiones de los artículos 52, 53 y 56 de la ley 80 de 1993, “lejos de desconocer los dictados de la Constitución se avienen a ellos, por cuanto representan desarrollo exacto del artículo 60. constitucional que consagra la responsabilidad de los particulares por infracción de la ley, que para el caso de la gestión contractual con el Estado establece, con toda razonabilidad las eventuales consecuencias civiles y penales que se derivan de la actividad de los contratistas, consultores, interventores y asesores”.

La asimilación de los particulares a los servidores públicos que para fines penales hace el artículo 56 acusado, no implica que a aquéllos se les atribuya dicha condición, de manera que pueda pensarse -como lo hace el demandante- que se les debe aplicar el Estatuto de la

Función Pública.

- Para la Procuraduría, el artículo 18 de la ley 190/95, que modificó el artículo 63 del Código Penal, consagró la definición de servidor público con fines penales en armonía con el artículo 123 superior.

- El artículo 19 de la misma ley por su parte, que regula el peculado por apropiación, “consagra como novedades del tipo penal del peculado, el señalamiento de servidor público como sujeto activo cualificado de la infracción, la inclusión de los bienes o fondos parafiscales como objetos materiales del ilícito y el incremento de la pena por la comisión del hecho punible”.

“Contrariamente al pensamiento del actor, creemos que el vocablo bienes empleado por la disposición bajo examen para referirse al objeto material del peculado por apropiación, no tiene una connotación patrimonial restrictiva, sino que comprende todas las cosas que tienen valor, incluidos los efectos, caudales, rentas, etc., puesto que el peculado no constituye un delito contra el patrimonio económico sino un atentado contra el deber de fidelidad de aquellos servidores públicos que han establecido una relación funcional de administración o de custodia con los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que éste tenga parte, de bienes o fondos parafiscales o de bienes de los particulares”.

Con la figura penal anterior no se pretende como finalidad atribuirle la condición de servidores públicos a los particulares que intervienen en cualquiera de las hipótesis allí previstas, sino la de proteger los bienes que por su origen, naturaleza o finalidad se encuentren expuestos a la comisión de diversos ilícitos.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Alcance del pronunciamiento de la Corte.

Por auto de fecha 1 de abril de 1998 se rechazó la demanda, en relación con los artículos 2, literales a) y b), numeral 2 y 51 de la ley acusada. Por tal razón, el pronunciamiento de la Corte se contraerá al resto de las disposiciones acusadas, que antes se transcribieron.

2. El problema jurídico planteado.

La acusación que el demandante formula contra las disposiciones mencionadas obliga a la Corte a analizar:

- Si a los contratistas, consultores, interventores y asesores, en razón de su intervención en el proceso de la contratación estatal se les puede exigir responsabilidad civil y penal.
- Si a los referidos sujetos se les puede asimilar a servidores públicos, para efectos de deducirles responsabilidad penal.
- Si el peculado puede referirse a la apropiación por el servidor público en provecho suyo o de un tercero, de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes de particulares cuya administración o tenencia se le haya confiado, y no exclusivamente a caudales públicos.
- Si es legítima la figura del peculado por extensión, en sus distintas manifestaciones, en relación con los particulares, en cualquiera de los eventos previstos en el art. 138 del Código Penal.

3. La solución del problema.

3.1. La ley 80 establece una clasificación propia de los sujetos que contratan a nombre del Estado bajo la denominación común de “entidades estatales”. Dentro de este concepto incorpora tanto a organismos dotados de personería jurídica, como a otros que carecen de este atributo, pero que, sin embargo, tienen capacidad contractual, es decir, gozan de la facultad de celebrar contratos e intervenir en su ejecución, si bien los derechos y las obligaciones que adquieren y la responsabilidad que pueda corresponderles, se radican en el respectivo sujeto de imputación jurídica, vgr. Nación (art. 2, ordinal 1° Ley 80 de 1993).

3.2. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública identifica a los “servidores públicos”, como las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a “las entidades estatales”, con “excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos”, así como a “los miembros de las corporaciones públicas que tienen capacidad para celebrar contratos en representación de

éstas (art. 2, ordinal 2°).

3.3. Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una contraprestación.

3.4. La ley, atendiendo a la identificación y naturaleza de los sujetos que participan en el proceso de la contratación y la necesidad de realizar su objeto, establece las actividades que cada uno de ellos debe cumplir dentro del referido proceso.

Igualmente la ley delimita el campo de las responsabilidades que les corresponden a las entidades estatales, a los servidores públicos y a los contratistas, en armonía con los preceptos de la Constitución (art. 6, 90, 124 y 209), originadas en sus acciones u omisiones, cuando quiera que éstas irrogan perjuicios a cualquiera de los sujetos de la relación contractual.

3.5. Según la ley 80 los servidores públicos “responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas”, lo cual se traduce en las formas de responsabilidad disciplinaria, civil y penal (arts. 26-2, 51). Estas son acumulables, es decir, pueden concurrir dentro de ciertas circunstancias.

3.6. Las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro de la prestación oportuna y eficaz de los cometidos públicos a cargo del Estado.

Según la idea que fluye del art. 123 de la Constitución, servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125).

Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo

tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.

3.7. En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

El funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. De este modo, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, disciplinario, e inclusive penal.

Situación parecida se presenta con el trabajador oficial, con algunas variables derivadas de la naturaleza de la relación contractual.

3.8. La comunidad de ideales y de problemas que comparten y afrontan el Estado y la sociedad civil ha determinado la búsqueda de soluciones comunes a las necesidades colectivas, donde el esfuerzo mancomunado y creativo tiende a reemplazar las oposiciones y diferencias, que antes eran naturales.

Es dentro de la anterior concepción, como se ha hecho posible la colaboración de los particulares en el desempeño de ciertas funciones o actividades públicas, sin que éstas ni el sujeto que las ejecuta se desnaturalicen.

En este sentido ha señalado la Corte:²

“De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada”.

3.9. Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. Así anotó³:

“Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole”

“Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios

controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica”.

“En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente”.

3.10. Las razones precedentes obligan a un cuidadoso examen de la situación atinente a la responsabilidad de los contratistas.

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda

la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.

3.11. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte entra a pronunciarse en concreto sobre los cargos de la demanda, así:

a) En relación con la responsabilidad del contratista, es necesario señalar que la ley 80 lo somete a un tratamiento particular, al punto que le atribuye valoraciones diferentes en consideración al papel que juega en la actividad contractual que, desde luego, determina tratamientos diferentes.

En primer término, se designa al contratista como receptor de los atributos predicables de todos los sujetos que concurren a prestar su colaboración al Estado, a través de los diferentes tipos de contratos, pero igualmente, se le cobija bajo un régimen único de responsabilidad (art. 52).

Luego la ley se refiere en particular a tres tipos de contratistas, los consultores, interventores y asesores externos para señalarles las mismas responsabilidades, es decir, de tipo civil y penal, derivadas de la ejecución de sus obligaciones contractuales (art. 53).

Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

La Constitución es portadora de los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal y civil por la conducta irregular o delictuosa de las personas, al establecer las reglas

superiores que expresamente la sustentan, al señalar en el preámbulo los fundamentos del orden constitucional, y al determinar entre los principios orientadores del Estado los de garantizar la vida de sus integrantes, la convivencia, la justicia y la igualdad, y los derechos y deberes consagrados en la Constitución, y entre estos últimos, los de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Al respecto dijo la Corte lo siguiente⁴:

“En concepto de la Corte, estos presupuestos de rango constitucional da un fundamento jurídico no sólo a la potestad reglada del Estado para exigir de los sujetos comprometidos en el hecho punible la responsabilidad punitiva que les quepa, sino para promover con medidas coactivas la sanción de la conducta penalmente reprochable; pero además, dentro de este marco jurídico de rango constitucional, también queda comprendida la competencia del legislador para atribuir a los jueces la facultad de exigir de los comprometidos en la conducta punible la responsabilidad civil que quepa, no solo al autor en sus distintas modalidades, sino al llamado, conforme con la ley sustancial, a responder por otro”.

(...)

“Igualmente, el artículo 95 de la Constitución establece como deberes de las personas el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, la obligación de cumplir la Constitución y las leyes, en concordancia con el artículo 60. que impone la responsabilidad legal de las personas al señalar 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’.”⁵

En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 80/93, se justificó la responsabilidad de los particulares contratistas, así como la de los consultores, interventores y asesores, en el sentido de que éstos “deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o de incompatibilidad en que se hallan incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada; por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como

cuando entregue bienes o preste servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos”⁶

Por lo anterior, no encuentra la Corte motivo alguno de inconstitucionalidad en las normas de los artículos 52 y 53 de la ley 80/93, en lo relativo al establecimiento de responsabilidad civil y penal de los contratistas, consultores, interventores y asesores externos. Por consiguiente, serán declarados exequibles.

b) En el artículo 56 de la ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a “particulares que cumplen funciones públicas”, se les sujeta “a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

Las razones antes expuestas sirven para justificar la constitucionalidad de este artículo pues, de acuerdo con la Carta, nada obsta para que los consultores, interventores y asesores externos respondan penalmente en los mismos términos que los servidores públicos.

Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

La mayor responsabilidad que adquiere el particular cuando interviene en los contratos estatales, ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación:

“....a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo”.⁷

Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, porque la posición de éstos “en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado”.⁸

No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley (artículo 6º CN). La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de

constitucionalidad.

Por lo anterior, la norma del art. 56 de la ley 80 de 1993 será declarada exequible.

c) El artículo 63 del Código Penal, modificado por la ley 190/95, art. 18, considera servidores públicos para fines penales, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado, a los integrantes de la fuerza pública y a “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”.

La figura que utiliza la norma para considerar al particular como servidor público, se sustenta en la exigencia especial de que éste cumpla funciones públicas. Es esta cualificación del sujeto la que da lugar a la asimilación jurídica, de manera que existirá o dejará de existir si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones.

La referida disposición, incorporada en la parte general del Código Penal, no tiene otra pretensión que la de regular, para efectos penales, una situación específica en que se extiende la noción de servidor público, en relación con los particulares que ejercen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, sin tener que recurrir a enumeraciones en las descripciones de los diferentes tipos penales en los que el servidor público es sujeto activo del ilícito.

La asimilación a servidor público de los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, se compadece con el sentido incito en el artículo 123 de la Constitución, en la medida en que objetivamente quien ejerce una función pública adquiere la condición de servidor público.

En esta perspectiva la función pública se valora objetivamente, haciendo abstracción de quienes la ejercen o son investidos de ella, y considerando que por esta vía el sujeto que la ejerce participa o colabora en la realización de las funciones y cometidos del Estado.

Para efectos de dicha valoración, poco interesa que dichas funciones se ejerzan en forma temporal o permanente, porque las normas de la Constitución regulan ambos tipos de

situaciones, como se deduce de la preceptiva de los artículos 123, 131, 210, 246 y 365 de la Constitución.

Lo dicho no significa que la responsabilidad de los servidores públicos sea siempre igual, ni que la condición de servidor público se pueda predicar, a modo de una presunción, de toda relación jurídica de una persona con el Estado.

En síntesis, el segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva.

El demandante igualmente censura el párrafo del art. 63, con las mismas razones ya expuestas y, además, agrega que esta norma debe ser declarada inexecutable, porque omitió incluir en su regulación a los otros servidores que menciona la Constitución, como el Presidente de la República, el Contralor, el Fiscal, los ministros, los jueces, etc.

Con anterioridad a la Constitución de 1991, la expresión empleado oficial constituía un género que designaba en general a los servidores públicos. La norma en cuestión lo que hace es poner a tono las regulaciones existentes en el Código Penal y de Procedimiento Penal que empleaban dicha expresión con lo que dispone el art. 123 de la Constitución. Por consiguiente, el párrafo acusado se ajusta a ésta, en la medida en que sustituye la referida expresión por la de servidor público.

No es válido el argumento del demandante en relación con la anotada omisión legislativa, porque dentro del concepto de servidor público se comprende a los funcionarios a las cuales se refiere la censura. En tal virtud, la referida omisión es irrelevante.

Por las razones anteriores, la Corte declarará executable el artículo 63 del Código Penal, modificado por el art. 18 de la ley 190 de 1995.

d) El cargo contra el artículo 19 de la ley 190/95, que modificó el artículo 133 del Código Penal, consiste en la violación del artículo 10 Superior por mal uso del castellano, al no configurar el delito de peculado con base exclusivamente en la apropiación indebida de caudales del erario por quienes tienen a su cargo su custodia, sino en la de “bienes”.

En primer lugar observa la Corte que el art. 10 de la Constitución expresa que “el castellano es el idioma oficial de Colombia”, sin perjuicio de que igualmente se consideren oficiales las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus respectivos territorios.

Dado que la norma esta redactada en castellano no aprecia la Corte de qué manera puede ésta violar la Constitución, mas aún cuando el actor no ha señalado expresamente en su cargo la razón por la cual el empleo de la palabra “bienes” viola otros textos específicos de la Constitución, que le hubieran impuesto al legislador la obligación de estructurar el delito de peculado bajo la óptica estricta del actor.

Por lo demás, la palabra “bienes” es castiza y significa: “Todas las cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de uno y otra a la vez¹⁰”. Y según el Diccionario de la Lengua Española la palabra “caudal” es sinónima de bienes de cualquier especie, y mas comúnmente dinero.

Para abundar en razones es preciso anotar que la propia Constitución utiliza indistintamente la palabra “bienes”, en un sentido genérico cuando se refiere a los elementos que conforman el patrimonio del Estado. Así, pues, la Carta se refiere a “bienes” de la Nación (arts. 8, 102,) del Estado (art. 332), a los fondos o bienes de la Nación, al erario (art. 268-1-2-4), etc.

El concepto de bienes es noción omnicomprendiva, porque se refiere a todo lo que una persona posee o de lo cual es dueña y que en conjunto da origen a su activo patrimonial. Por lo mismo, cuando se habla de los bienes del Estado, se hace referencia tanto a los públicos como a los privados o fiscales, según las normas civiles.

La Corte declarará la exequibilidad de la norma en cuestión.

e) La acusación contra el artículo 20 de la ley 190 de 1995, que modificó el artículo 138 del Código Penal, se fundamenta en la circunstancia de que dicha disposición hace extensivas las distintas modalidades de peculado a los particulares que administren o tengan bajo su custodia bienes pertenecientes a empresas o instituciones del Estado, o que recauden, administren o custodien bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, etc., porque no es posible asimilar a los particulares a servidores públicos.

Bastaría para declarar exequible la norma acusada que la Corte se remitiera a las consideraciones, prolijamente expuestas, en relación con la validez constitucional de la asimilación a servidores públicos, para fines penales, de los particulares que cumplen funciones públicas. Sin embargo, considera conveniente agregar lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que el delito de peculado se comete no sólo por un funcionario público, sino también por un particular que administre o tenga bajo su custodia bienes del Estado o de sus empresas o instituciones y realice sobre ellos cualquiera de las conductas previstas en el tipo penal.

Es evidente que la finalidad de este tipo penal es la de proteger los bienes del Estado, expuestos por razón de su administración o cuidado, a la comisión de ilícitos.

En sentido estricto, es pertinente observar que la norma propiamente no asimila al particular a un servidor público, pues el tipo penal se estructura bajo el entendido de que el sujeto activo de este ilícito es precisamente un particular. Sin embargo, mirada desde la perspectiva de su contenido y de la finalidad que se propone no cabe duda que se tuvo en cuenta objetivamente que la actividad del particular que realice cualquiera de las acciones descritas en el numeral 1°, constituye materialmente función pública.

En relación con el segundo numeral que hace referencia a los bienes pertenecientes a empresas, instituciones que administren o tengan bajo su custodia el particular, de propiedad de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, debe entenderse que dichos bienes, como lo señala el señor Fiscal de la Nación, merecen especial protección “por mandato de los artículos 38, 39, 51, 58, 64 y 103 de la Constitución Política.... a fin de garantizar que su administración, custodia o manejo, se efectúe de conformidad con las finalidades señaladas para cada tipo de asociación”.

Es evidente que al hacer extensivo el peculado a la protección de estos bienes el legislador, en el ejercicio de su libertad política para conformar la norma penal, tuvo en cuenta el interés general que representa la protección de dichos bienes, en razón de la naturaleza social de las organizaciones a las cuales pertenecen y a la finalidad a la cual están destinados.

Si la configuración del delito de peculado busca proteger los bienes públicos que están

afectos a la satisfacción de necesidades de interés público social, no encuentra la Corte irracional o desproporcionada ni ilegítima en su finalidad una disposición que, como la acusada, persigue idénticos objetivos, mas aún cuando no solamente el Estado sino la sociedad civil a través de sus organizaciones sociales tiene también la responsabilidad de atender las necesidades públicas.

Así, pues, ningún postulado constitucional resulta desconocido por la decisión del legislador al regular de manera amplia la protección penal de los bienes del Estado, y de las instituciones sociales no gubernamentales por razón del interés público que ellos representan.

En consecuencia, la Corte declarará exequible la disposición acusada.

VII. DECISION.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES los artículo 52, 53 y 56 de la ley 80 de 1993.

Segundo. Declarar EXEQUIBLES los artículos 18, 19 y 20 de la ley 190 de 1995 que, en su orden, reformaron los arts. 63, 133 y 138 del Código Penal.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO TULIO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-563/98

CONTRATISTA-Naturaleza (Salvamento de voto)

Los contratistas son personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que en virtud de un vínculo jurídico con un sujeto público asumen la obligación de ejecutar una determinada labor, actividad o prestación, según lo determine el objeto del contrato, con miras a realizar un fin práctico, cual es la satisfacción de ciertos intereses públicos o sociales cuya gestión corresponde a dicho sujeto.

CONTRATISTA-No puede ser asimilado a servidor público (Salvamento de voto)

Si bien el contratista colabora o es el instrumento para alcanzar un fin público, no realiza, en principio, funciones públicas, porque a diferencia del servidor público, él no desarrolla una actividad en beneficio de la administración en forma directa, permanente, y bajo un régimen legal o reglamentario, que lo coloque dentro de una especial situación de sujeción o subordinación. El servidor público es el órgano de actuación directa de la función estatal; obra a nombre y representación del Estado y su actividad tiene la virtualidad de considerarse actuación de éste y, por lo tanto, puede comprometer directamente la responsabilidad de aquél.

FUNCION PUBLICA POR CONTRATISTA-Ejercicio excepcional (Salvamento de voto)

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de funciones públicas por un contratista constituye una situación eventual, que sólo se da dentro de ciertas condiciones específicas que deben ser determinadas por el legislador. En tal virtud, no siempre que un particular se vincula al Estado mediante un contrato de consultoría, interventoría o asesoría externa o cualquier otro, resulta ejerciendo funciones públicas, porque esta clase de funciones no surgen del contrato como resultado fatal. Todo lo contrario, el contratista sólo puede asumirlas cuando expresamente y por determinación legal se le trasladen para su ejercicio, y sólo entonces. La realización de funciones públicas por el contratista ocurre, excepcionalmente, cuando se trata del desarrollo o ejecución de objetos contractuales claramente especificados por el legislador, que ameritan el traslado a aquél de potestades o la asunción de atribuciones públicas propias del Estado y que se requieren precisamente para la ejecución cabal de los fines del contrato. Ello acontece, por ejemplo, cuando se trata de concesiones, en sus diferentes modalidades, o en la administración delegada o del manejo de bienes o recursos públicos.

FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES-Ejercicio excepcional (Salvamento de voto)

Si bien los particulares pueden desarrollar funciones públicas, ello constituye una situación excepcional que debe ser delimitada estrictamente por el legislador; pero nunca pueden asimilarse las actividades de los servidores públicos a las de los particulares, porque cada

una de ellas tienen especificidades y obedecen a criterios y a finalidades que las hacen notoriamente diferentes, mas aún cuando éstos últimos no pierden su condición de particulares por la circunstancia de que desarrollan aquél tipo de funciones.

RESPONSABILIDAD PENAL DE CONTRATISTA-No puede ser asimilada a la del servidor público (Salvamento de voto)

Acorde con los principios que informan el derecho penal en cuanto a la descripción del tipo penal y el señalamiento de la pena, estimamos que no es posible trasladar en bloque y de modo general la responsabilidad penal de los servidores públicos a los contratistas de la administración. Se requiere, por consiguiente, que el legislador señale expresamente el régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal de los contratistas y la manera de hacerla efectiva, porque racionalmente, no es posible asimilar la responsabilidad penal de éstos a la de los servidores públicos, pues ambas obedecen a criterios y circunstancias diferentes que se deducen de distintos textos de la Constitución, vgr. la situación de sujeción del servidor público, y la autonomía y libertad de que goza el contratista, la naturaleza de las actividades que cumplen unos y otros, los principios que las rigen, etc.

POSTULADO DE ORDEN JUSTO-Desconocimiento (Salvamento de voto)

La norma no supera el mínimo de justicia intrínseca que debe poseer, según el postulado del orden justo que pregonan la Constitución (preámbulo y art. 2, inciso 2) y se revela irrazonable y arbitraria, porque repugna a la idea de justicia que quien sólo como contratista cumple excepcionalmente funciones públicas, pueda ser siempre asimilado a servidor público, para los fines de exigirle la responsabilidad penal que a éste le corresponde en razón de la actividad contractual.

Referencia: Expediente D-1989

Normas Demandadas:

Ley 80 de 1993, artículos 52, 53 y 56. Ley 190 de 1995, artículos 18, 19 y 20.

Magistrados Ponentes:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena de la Corporación en el asunto de la referencia, procedemos a exponer las razones de nuestro salvamento de voto parcial a dicha decisión, en los siguientes términos:

1. La mayoría decidió que es exequible el art. 56 de la ley 80 de 1993, que en el proyecto original de sentencia se proponía declarar inexecutable.

2. La norma en cuestión asimila para efectos penales al contratista, al interventor, al consultor y al asesor, a quienes considera particulares que cumplen funciones públicas en lo que concierne a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que acuerden con las entidades estatales, y los sujeta a la misma responsabilidad penal que en esa materia se señala para los servidores públicos.

3. Como razones para declarar executable la referida disposición se expusieron en la sentencia las siguientes:

– “Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos”.

“En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol,

relacionado directamente con una finalidad de interés público”.

- Conviene precisar que la norma demandada asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; por consiguiente, otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

- En efecto, la Corte ha expresado que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, que si se encuentran en una especial situación de sujeción, como lo advirtió dicha Corporación en la sentencia C-256/96.

- “No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley (artículo 6º CN). La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad”.

4. A nuestro juicio la norma del art. 56 de la ley 80 de 1993 debió ser declarada inexecutable, por las siguientes razones:

4.1. Los contratistas son personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que en virtud de un vínculo jurídico con un sujeto público asumen la obligación de ejecutar una determinada labor, actividad o prestación, según lo determine el objeto del contrato, con miras a realizar un fin práctico, cual es la satisfacción de ciertos intereses públicos o sociales cuya gestión corresponde a dicho sujeto.

4.2. Si bien el contratista colabora o es el instrumento para alcanzar un fin público, no realiza, en principio, funciones públicas, porque a diferencia del servidor público, él no

desarrolla una actividad en beneficio de la administración en forma directa, permanente, y bajo un régimen legal o reglamentario, que lo coloque dentro de una especial situación de sujeción o subordinación. El servidor público es el órgano de actuación directa de la función estatal; obra a nombre y representación del Estado y su actividad tiene la virtualidad de considerarse actuación de éste y, por lo tanto, puede comprometer directamente la responsabilidad de aquél.

La actividad del contratista se desarrolla dentro de cierto grado de autonomía e independencia, tanto técnica como directiva, y aun cuando se encuentra sometido a cierto poder de control y dirección por la entidad pública contratante, éste se ejerce acorde con el objeto contractual y única y exclusivamente para que el referido objeto pueda realizarse convenientemente, según lo demanden los intereses de dicha entidad.

4.3. Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de funciones públicas por un contratista constituye una situación eventual, que sólo se da dentro de ciertas condiciones específicas que deben ser determinadas por el legislador. En tal virtud, no siempre que un particular se vincula al Estado mediante un contrato de consultoría, interventoría o asesoría externa o cualquier otro, resulta ejerciendo funciones públicas, porque esta clase de funciones no surgen del contrato como resultado fatal. Todo lo contrario, el contratista sólo puede asumirlas cuando expresamente y por determinación legal se le trasladen para su ejercicio, y sólo entonces.

La realización de funciones públicas por el contratista ocurre, excepcionalmente, cuando se trata del desarrollo o ejecución de objetos contractuales claramente especificados por el legislador, que ameritan el traslado a aquél de potestades o la asunción de atribuciones públicas propias del Estado y que se requieren precisamente para la ejecución cabal de los fines del contrato. Ello acontece, por ejemplo, cuando se trata de concesiones, en sus diferentes modalidades, o en la administración delegada o del manejo de bienes o recursos públicos.

4.4. Las actividades que los funcionarios públicos y los contratistas realizan dentro de una relación contractual, corresponden a roles completamente identificables y diferenciados que no pueden ser confundidos. Es así como a los funcionarios públicos les corresponde velar normalmente por la correcta y completa ejecución del contrato mediante la utilización de las

competencias de que están investidos y en cambio, a los contratistas les compete exclusivamente el cumplimiento del objeto contractual.

4.5. La norma del art. 56 de la ley 80/93, no resulta razonable bajo ningún punto de vista. En efecto:

- La referida disposición no resulta coherente con los preceptos constitucionales, porque los servidores públicos en los términos del art. 123 de la Constitución, actúan en desarrollo de funciones propias del Estado, según las prescripciones de la ley, y están al servicio de los intereses generales del Estado y de la comunidad.

Si bien los particulares pueden desarrollar funciones públicas (arts 123, inciso 3 y 210, inciso 2 de la Constitución), ello constituye una situación excepcional que debe ser delimitada estrictamente por el legislador; pero nunca pueden asimilarse las actividades de los servidores públicos a las de los particulares, porque cada una de ellas tienen especificidades y obedecen a criterios y a finalidades que las hacen notoriamente diferentes, mas aún cuando éstos últimos no pierden su condición de particulares por la circunstancia de que desarrollan aquél tipo de funciones.

Acorde con los principios que informan el derecho penal en cuanto a la descripción del tipo penal y el señalamiento de la pena, estimamos que no es posible trasladar en bloque y de modo general la responsabilidad penal de los servidores públicos a los contratistas de la administración. Se requiere, por consiguiente, que el legislador señale expresamente el régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal de los contratistas y la manera de hacerla efectiva, porque racionalmente, no es posible asimilar la responsabilidad penal de éstos a la de los servidores públicos, pues ambas obedecen a criterios y circunstancias diferentes que se deducen de distintos textos de la Constitución, vgr. la situación de sujeción del servidor público, y la autonomía y libertad de que goza el contratista, la naturaleza de las actividades que cumplen unos y otros, los principios que las rigen, etc.

- No existe una adecuación entre los fines que persigue la ley, como serían los de lograr la correcta y cabal ejecución del objeto contractual por los contratistas, con los medios empleados, esto es, la asimilación de éstos a servidores públicos para fines penales, porque dicha finalidad se logra a través de los poderes de dirección y control que tiene la administración sobre el contratista y la garantía que debe prestar, con diferentes propósitos,

para asegurar el cumplimiento del contrato y los demás riesgos que se derivan del desarrollo de sus actividades.

Pensamos que son mas eficaces los aludidos instrumentos para asegurar la ejecución del contrato por el contratista que la vía utilizada en la norma en cuanto lo asimila a servidor público, para exigirle una responsabilidad igual a la de éstos.

- La norma mencionada no supera el mínimo de justicia intrínseca que debe poseer, según el postulado del orden justo que pregona la Constitución (preámbulo y art. 2, inciso 2) y se revela irrazonable y arbitraria, porque repugna a la idea de justicia que quien sólo como contratista cumple excepcionalmente funciones públicas, pueda ser siempre asimilado a servidor público, para los fines de exigirle la responsabilidad penal que a éste le corresponde en razón de la actividad contractual.

- Finalmente la norma, carece del elemento de la antijuridicidad general, porque no se encuentra cual es el valor social o el bien jurídico que ella pretende proteger, si como se vio antes, la finalidad perseguida no sólo es desproporcionada sino que no se logra obtener por el medio que ella emplea.

En las anteriores condiciones queda consignado nuestro salvamento de voto parcial a la decisión mayoritaria.

Fecha ut supra,

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

2 C-286/96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

3 Idem.

4 Sentencia C-541/92, M.P. Fabio Morón Díaz.

5 Idem.

6 Estatuto de la Contratación Administrativa, Bogotá, Edit. Temis, 1993, pags. 57 y 58.

7 C-286 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández

8 C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

9 Giuseppe Maggiores, Derecho Penal, parte especial, Edt. Temis, 1955, p.137.

10 Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, pag. 270, Buenos Aires, 1968, Edit. Bibliográfica Omeba.