

CONFLICTO DE INTERESES EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

BLANCA CECILIA ARBOLEDA PÉREZ
LINA MARCELA MESA VALENCIA
ELVIS FERNANDO BEJARANO ROBIRA

Resumen: El presente artículo pretende describir la responsabilidad disciplinaria que recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal cuando hay lugar a conflictos de intereses; para ello se exponen inicialmente los conceptos de servidor público, contratación estatal y conflicto de intereses, para finalmente identificar las sanciones disciplinarias que se han derivado por la inobservancia de la norma por parte de servidores públicos cuando se presenten conflictos de intereses en contratación estatal en Colombia, los derechos y deberes que los servidores públicos deben acatar en dicha actividad y algunas orientaciones jurisprudenciales.

Palabras clave: *Contratación estatal, administración pública, servidores públicos, responsabilidad disciplinaria, conflicto de intereses.*

Abstract: This article aims to describe the disciplinary responsibility lies with the irregularities committed by public servants in the performance of government contracts when there are conflicting interests, it is initially exposed to the concepts of public servant, government procurement and conflict of interest to finally identify the disciplinary sanctions that have resulted from failure to observe the standard by public servants when there are conflicts of interest in government contracts in Colombia, the rights and duties as public servants in such activity must comply with certain guidelines and case law

Key words: *Government procurement, public administration, civil servants, disciplinary, conflict of interest.*

1. INTRODUCCIÓN

Por lo general, hay consenso en que la expedición de una norma jurídica obedece bien al reconocimiento de una realidad como a la necesidad de reglamentarla, o bien al deseo de regular un deber ser¹. Con la Ley 80 de 1993, y

¹ DAVILA VIANEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis, 2001.

en especial con las normas que prescriben sobre la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de la contratación estatal, sucedieron las dos cosas. Por una parte era necesario incorporar a la contratación administrativa los principios y postulados constitucionales de 1991 y, por otro, se quería hacer énfasis en la transparencia que debía revestir el ejercicio de la actividad contractual estatal. Esto último ya que es quizás en esta actividad donde más desviación de poder, manifestaciones de ilegalidad, intereses particulares y corrupción, se da en el desarrollo de la función pública por parte de los funcionarios del Estado.

El Estado colombiano, a pesar de sus imperfecciones está diseñado como Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho. Por tanto, la Constitución Política de 1991, además de prescribir derechos y libertades a los ciudadanos, estableció una vital importancia de la sociedad en el desarrollo de los fines del Estado. Por tal razón, desde los artículos 1º y 2º de la Constitución, así como el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, se disponen como fines esenciales del Estado servir a la comunidad y promover la prosperidad general.

Desde esta perspectiva, son los servidores públicos los directos responsables de que toda actuación estatal cumpla lo anteriormente enunciado; con el fin de evitar que existan actuaciones administrativas que vayan encaminadas a la búsqueda del interés particular en el ejercicio de la función pública y la idea del temor al uso arbitrario del poder y por fuera de los cauces institucionalmente marcados, se impulsó delinear todo un sistema de funciones específicas para los servidores públicos, un sistema de control jurídico de la gestión de quienes personalizan la actividad estatal (servidores públicos) y un sistema de sanciones para los funcionarios que negligente, ineficiente e irregularmente desarrollen sus funciones públicas.

Precisamente, el Estado de Derecho se caracteriza, entre otras cosas, por un sistema de control para evitar el abuso por parte de los funcionarios públicos, así como por una legalidad previa a la que debe someterse el ejercicio de la función pública. De lo anterior se desprende la importancia del interés general y que cualquier acto de la administración pública que no lleve inmerso como fin la prevalencia del interés general, podrá tacharse como antijurídico e irregular. Es mandato de la Constitución Política (artículo 6) que los servidores públicos sean responsables por infringir el ordenamiento jurídico, por omisión o por extralimitación en el ejercicio de sus funciones; será la ley la encargada de reglamentarla (artículo 124) y en algunos casos la responsabilidad podrá extenderse al Estado (artículo 90).

Sin embargo, la realidad muestra que, muchas veces, estos preceptos son omitidos y lo que en la realidad prevalece son los intereses particulares de unos pocos, que luego se traduce en el menoscabo de los intereses y derechos de la comunidad, a pesar de que a todos los agentes estatales les corresponde actuar con diligencia y pleno acatamiento del ordenamiento jurídico, so pena de incurrir en diversos tipos de responsabilidad.

En Colombia, ésta es una realidad latente que se presenta sobre todo, en materia de contratación; recientemente, por ejemplo, estalló el escándalo del Grupo Nule en Bogotá, en donde se evidenció la existencia de un conflicto de intereses entre servidores públicos de la Alcaldía Distrital y miembros del Grupo Nule, organización destinada, según intereses políticos y económicos, para la ejecución de importantes obras viales en la capital del país.

Si bien éste es uno de los casos más sonados en la opinión pública nacional recientemente, es sólo un pequeño ejemplo de lo que ocurre en todo el territorio colombiano, en donde los conflictos de intereses se han convertido en el “pan de cada día” en las administraciones de pequeños municipios, en los departamentos,

en medianas y grandes ciudades, en ministerios (véase el caso del Ministerio de Agricultura y el escándalo de Agro Ingreso Seguro) y, en general, en todos aquellos estamentos del gobierno que tienen funciones de carácter administrativo.

Al respecto, la contratación estatal como actuación emanada de la administración no es ajena a este fenómeno que tanto daño le hace a la sociedad. Justamente, y con el fin de evitar estas situaciones de corrupción, de prevalencia de intereses particulares, de abuso de poder y de violación al ordenamiento jurídico, la Constitución y la Ley previeron unas reglas y unas directrices al momento de contratar por parte del Estado; se estableció un conjunto de controles desde distintos ángulos: fiscal, penal y disciplinario, ya que tan sólo uno de ellos no bastaría para lograr el equilibrio del poder, la tutela de los administrados, el respeto a la Ley y el obediencia al mandato soberano del pueblo, que son ideales del Estado de Derecho y de la organización democrática de la política. Difícilmente se encontrará un Estado con tantos controles como los que existen en Colombia, a grandes costos y con pequeños resultados.

Entendiendo que el ejercicio de la función pública, y más concretamente de la contratación estatal, proviene de una persona que, como humana, es proclive a los errores, se establece un sistema de sanciones disciplinarias (Ley 734 de 2002) para imponerlas en cabeza de quien contrate irregularmente con violación a los principios y normas Constitucional y legalmente establecidas.

Aún cuando el artículo 51 del Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993) circunscribe la responsabilidad del servidor público a los campos disciplinario, fiscal y penal, cabe indicar que son tres formas de responsabilidad concurrentes pero distintas, totalmente independientes una de otra, con sanciones de orden distinto y con procedimientos autónomos.

La responsabilidad disciplinaria con ocasión de la actividad contractual se determina con aplicación del Derecho Disciplinario reglado en la Ley 734 de 2002, pues si bien la Ley 80 de 1993 prescribe sanciones y responsabilidades, no determina un procedimiento. La Ley 734 no introdujo modificaciones al estatuto contractual, pero precisa algunas conductas en las que pueden incurrir los servidores públicos con ocasión del ejercicio contractual. Esto significa que los contratos estatales pasaron a ser materia del Derecho Disciplinario, regulador de los cometidos estatales en este campo.

Ahora bien, esta investigación se encamina a la responsabilidad disciplinaria que recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal, específicamente frente a las sanciones previstas y de los procedimientos establecidos para determinar dicha responsabilidad cuando hay lugar a conflictos de intereses.

Al respecto, el Código Único Disciplinario, en su artículo 40, al referirse al conflicto de intereses, establece que:

(...) todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

Así mismo, el artículo 50 de la normativa en cuestión dispone que “constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de

prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley”.

Y es que recientemente, en el programa de televisión “Séptimo día” del Canal Caracol, se presentó la denuncia de unos campesinos del municipio de Sutamarchán (Boyacá), quienes acusaban a su alcalde de favorecer con prebendas sólo a aquellas personas que hubiesen votado en las elecciones del legislativo de marzo de 2010 por dos candidatos sugeridos por dicho mandatario; al parecer, el alcalde ofrecía baterías sanitarias a cambio de los votos obtenidos en cada vereda del municipio, situación que refleja un claro conflicto de intereses por parte de este alcalde. Al hacerse pública la denuncia a través de un medio masivo de comunicación se inició un debate público entre la ciudadanía y los diferentes estamentos del poder, quienes al instante iniciaron las acciones penales, administrativas y disciplinarias del caso.

En materia disciplinaria, la Procuraduría se apersonó de esta situación y en los medios de comunicación nacional los señalamientos permitieron entrever que esta situación no era un caso aislado sólo del municipio de Sutamarchán, sino que es apenas la punta del iceberg de lo que ocurría y sigue ocurriendo en los municipios de Colombia.

Para nadie es un secreto la existencia de conflictos de intereses en la contratación por parte de servidores públicos en el país; a pesar de la existencia de procesos licitatorios exigidos por la ley y de normas sobre transparencia sobre el uso adecuado de los recursos públicos, no es extraño que los servidores públicos de nuestra nación asignen contratos conforme a intereses particulares.

Esta es una realidad ineludible en el panorama del país y prueba de ello es también el denominado “Carrusel de las contrataciones” en materia vial en Bogotá, en donde familiares del actual alcalde Samuel Moreno se han visto implicados en

el favorecimiento de contratos para el desarrollo de importantes obras de dicha ciudad.

Así las cosas, en este artículo se apunta a resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué tipo de responsabilidad disciplinaria recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal cuando hay lugar a conflictos de intereses?

Teniendo como punto de referencia dicho interrogante, se pretende en este escrito describir jurídicamente la responsabilidad disciplinaria que recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal desde las sanciones y de los procedimientos establecidos para determinar dicha responsabilidad cuando hay lugar a conflictos de intereses en Colombia.

Esto hace necesario, en primer lugar definir las sanciones y procedimientos en materia disciplinaria orientados a establecer dicha responsabilidad cuando hay lugar a conflicto de intereses en contratación estatal; de igual forma, resulta perentorio describir los deberes y obligaciones que deben ser observados por parte de los servidores públicos en el ejercicio de la contratación estatal en Colombia dirigidos a evitar responsabilidad por conflicto de intereses; y a su vez, identificar las sanciones disciplinarias que se han derivado por la inobservancia de la norma por parte de servidores públicos cuando se presenten conflictos de intereses en contratación estatal en Colombia.

Para alcanzar dichos objetivos se plantea una investigación enfocada bajo un modelo mixto, el cual, siguiendo a Hernández Sampieri y colaboradores², corresponde a un paradigma de investigación que hace posible recolectar, analizar y vincular datos cuantitativos y cualitativos para responder al planteamiento del

² HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos; y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill Interamericana, 2006. p. 85.

problema, el cual, a su vez, se abordará desde un modelo de investigación descriptivo, que comprende la descripción, registro, análisis e interpretación constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal de los procesos que se han suscitado en torno a la responsabilidad disciplinaria que recae en los servidores públicos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la contratación estatal cuando hay lugar a conflictos de intereses.

Para poder ilustrar de manera integral esta problemática, se hace necesario desarrollar la figura de los servidores públicos, la contratación estatal y el conflicto de intereses.

2. SECCIONES DEL ARTÍCULO

2.1 SERVIDORES PÚBLICOS

La administración pública como actividad y función a cargo del Estado es desarrollada por personas a quienes se les denomina servidores públicos. La Constitución Política de 1991, en su artículo 123, establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. Por su parte, el artículo 124 Constitucional establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. En virtud de estas normas son servidores públicos:

- Los miembros de las corporaciones públicas, esto es, Senadores Representantes a la Cámara, Diputados y Concejales Municipales y Distritales.

- Los empleados y trabajadores del Estado. Aquí se incluyen los integrantes de las tres ramas del poder público, pero además los organismos de control (Contralorías, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo), lo mismo que los integrantes de la función electoral.
- Los trabajadores y los empleados de las entidades descentralizadas del Estado, sea territorialmente y/o por servicios (Departamentos, Municipios y Distritos, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta.)³.
- Los miembros de la fuerza pública.
- Los funcionarios y trabajadores del Banco de la República.
- Los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha Contra la Corrupción creada por el artículo 71 de la Ley 190 de 1995.

Para la Ley de contratación son servidores públicos las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, 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 directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas⁴.

Los diversos servidores públicos se rigen por diferentes estatutos y numerosos ordenamientos que sólo hacen referencia a determinado grupo de funcionarios o empleados oficiales. Entre ellos:

- Ley 270 de 1996, Estatuto de la Administración de Justicia.
- Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso
- Decreto 263 de 2001 Estatuto del Ministerio Público.
- Decreto 2699 de 1998, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

³ Véase Sentencia T-1034 de 2006.

⁴ LEY 80 DE 1993. Artículo 2, numeral 2º literal a.

- Ley 909 de 2004, Régimen de Empleados de Carrera, entre otros.
- Ley 734 de 2002. Por la cual se dicta el Código Único Disciplinario.

Todas estas normas consagran el ejercicio de la función pública, su estructura, su funcionamiento, régimen de personal, obligaciones, deberes, derechos, sanciones, retiros, entre otros.

Para la Corte Constitucional⁵, los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los congresistas, tienen el carácter de servidores públicos al tenor del artículo 123 de la Constitución Política, y que en el ejercicio de su cargo, deben someterse a lo que establezcan la ley o el reglamento, según lo señala el artículo 122 superior, el cual tiene como antecedente principal el artículo 63 de la Constitución de 1886. El mandato contenido en las normas constitucionales señaladas, se conoce, dentro del campo del Derecho Público, bajo el aforismo de que el particular puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, mientras que el servidor público únicamente puede realizar lo que le esté específicamente permitido. Cuando la autoridad ejerce una actividad por fuera de los parámetros señalados, incurre en violación del principio mencionado, lo que conlleva a introducirse en los campos de la responsabilidad de la administración pública, entre ellos de forma significativa en materia disciplinaria.

Agrega la Corte, además, que la función pública hace alusión a un género, como se explica más adelante. Es toda actividad cumplida en nombre del Estado o de un órgano del mismo, mediante empleo público. Es ejercer una atribución de poder excepcional que el ordenamiento jurídico reconoce al Estado. La noción función pública “atañe el conjunto de las funciones que cumple el estado, a través de los órganos de las ramas del poder público como de los órganos autónomos e

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-133 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

independientes (Art. 113 ibídem) y de las demás entidades en orden a alcanzar sus diferentes fines”⁶.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de la función pública, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Doctrinariamente existe una diferencia conceptual entre los empleados públicos, los funcionarios públicos y los servidores públicos. No obstante, constitucionalmente hay una sinonimia en la terminología jurídica de estos sin que sean conceptos totalmente distintos, así lo ha expresado la Corte Constitucional⁷.

Puede decirse que el punto de partida para denominar al servidor público está en el cumplimiento de funciones públicas, lo que puede entenderse como el desempeño de una facultad, un empleo o un cargo público, es decir, el desempeño o cumplimiento de alguna función creada por la Constitución, la Ley, el Decreto, la Ordenanza, el Acuerdo, el Reglamento o simplemente cuando la

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

función es asignada por autoridad competente, independientemente de la duración en el ejercicio de la función, ya que puede ser permanente o transitoria⁸.

En lo referente al campo contractual se explica al servidor público como la persona natural y física, considerando que la realización de los fines del Estado sólo se conciben con la actividad física o intelectual de las personas que vienen a ser sus agentes.

En este sentido, “cualquiera que observe la estructura orgánica de una repartición administrativa, advertirá que existen personas que, dentro de esta repartición tienen una mayor importancia que otras de la misma repartición. Las del primer grupo son aquellas con las que el público debe entenderse para saber cuál es el criterio o pensamiento de la administración en un determinado asunto. La repartición administrativa se expresa externamente a través de esas personas. En cambio, las del segundo grupo no están habilitadas para trasladar el pensamiento o criterio de la administración, su actividad se limita a cumplir directrices o a ejercitar actividades materiales. Las personas del primer grupo corresponden a los funcionarios públicos; las del segundo grupo corresponden a los empleados públicos, así por ejemplo: en un Ministerio, el ministro, el subsecretario, el director general, entre otros, son funcionarios; el jefe de atención al público, los escribientes y otros, son empleados públicos”⁹.

2.2 LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO DISCIPLINARIO A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

⁸ AMAYA CASTRILLÓN, Juan Carlos. El estatuto anticorrupción: En: Estudios de Derecho. Año IX, Vol. VII, N° 129. Medellín, 1998. p. 109.

⁹ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editores, 1977. p. 39.

A partir del 1º de enero de 2002 entró en vigencia el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002. Este Código regula el procedimiento disciplinario a seguir para determinar la responsabilidad de los servidores públicos, así como las sanciones a imponer a estos por irregularidades en el ejercicio de la función pública. La contratación estatal, como acto emanado de la administración pública, no escapa de los lineamientos trazados por la Ley 734 en comento.

No obstante, el Código Disciplinario Único no introdujo modificaciones al Estatuto Contractual porque habría violado el principio de unidad de materia de las leyes.

El antiguo Código Disciplinario, Ley 200 de 1995, era demasiado laxo respecto de la contratación estatal, lo que llevó a hacer un esfuerzo por parte de la Procuraduría General de la Nación y de algunos legisladores para modificar la legislación disciplinaria hasta llegar al actual régimen.

Se pueden interpretar como ejes básicos de las sanciones establecidas por irregularidades en la contratación administrativa, la reacción frente a las conductas que lesionan el patrimonio y la moral públicos.

El nuevo Código precisó algunas conductas para elevarlas a la categoría de faltas gravísimas que aparecen complementadas por conductas que atentan contra el correcto funcionamiento de la contabilidad pública.

El derecho disciplinario tiene incidencia en la contratación estatal en cuanto el primero regula conductas dentro del segundo para preservar la función pública en conjunto. Además que, el derecho disciplinario interviene en la contratación para establecer las sanciones, investigar y aplicar la respectiva sanción a los servidores públicos que realicen conductas antijurídicas en la actividad contractual.

La necesidad de preservar el orden constitucional y legal en la contratación estatal constituye motivo suficiente para que el derecho disciplinario tenga intervención en la contratación estatal.

De tal suerte que el derecho disciplinario no sólo sanciona conductas antijurídicas establecidas en la Ley 734 de 2002, sino también aquellas establecidas en la Ley 80 de 1993 y la Constitución Política de 1991.

La Ley 734 de 2002 en su artículo 5° estableció un principio trascendental como lo es la ilicitud sustancial, que se traduce en que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. En virtud de este precepto, la conducta del servidor público será considerada antijurídica cuando no cumpla con las funciones establecidas por la Constitución, la Ley y el Reglamento para la actividad contractual administrativa, es decir, la falta cometida por el sujeto disciplinable sólo se refutará antijurídica o contraria a derecho, cuando afecte el deber funcional de la administración pública sin justificación, sin explicación o causal eximente de responsabilidad.

Por otro lado, el derecho de defensa es principio rector de nuestro Estado Social Democrático de Derecho. La Constitución lo determina en su artículo 29 como de la misma forma lo establece el artículo 17 de la Ley 734 de 2002. El artículo 92 de la citada ley disciplinaria consagra los derechos de los investigados que a su vez se traduce en una forma de derecho de defensa.

La investigación debe hacerse por parte del órgano u órganos constitucional y legalmente establecidos para ello. Es decir, la Procuraduría General de la Nación en virtud del artículo 277 de la Constitución, del artículo 2° de la Ley 734 de 2002 y del artículo 62 de la Ley 80 de 1993; la Personería distrital y municipal en virtud del artículo 118 de la Constitución Política, del artículo 2° de la ley 734 de 2002 y

el artículo 24 Numeral 1° de la Ley 617 de 1999 y; el funcionario competente del control interno disciplinario de cada entidad.

En cumplimiento del principio de legalidad, el artículo 9° de la Ley 734 establece que el servidor público sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. Quiere decir esto, que el servidor público en ejercicio de la contratación estatal podrá ser investigado por comisión de faltas disciplinarias consagradas en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, en especial las consagradas en los numerales 18, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 41, por omitir los deberes propios de su función, por no dar cumplimiento a los principios consagrados para la contratación administrativa, entre otros.

Con referencia al ejercicio de la contratación estatal la Ley 80 de 1993 en su artículo 58 señala que “como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades, señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: numeral 2°: En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria a la destitución”. No obstante el estatuto contractual, enuncia sólo este tipo de sanción disciplinaria, nada excluyente para que se sancione de otro tipo como lo establece la Ley 734 de 2002, y que bien, podría ser multa e inhabilidad. Esto por cuanto en derecho disciplinario opera el principio de proporcionalidad de la sanción y la gravedad de la conducta, puede ser estimada a través de un catalogo abierto o mediante la consagración expresa de los comportamientos punibles que se estimen como tales¹⁰.

¹⁰ VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 59.

2.3 CONTRATACIÓN ESTATAL

La administración pública, es un conjunto de órganos que atienden la prestación de servicios a cargo del Estado para el cumplimiento de sus fines. Por su parte, la función pública se concibe como el desempeño de ciertas actividades que la Constitución y la Ley encargan a las autoridades para que la realicen y que son desarrolladas por personas a las que llamamos servidores públicos. Una de estas actividades que desarrolla la administración en ejercicio de la función pública del Estado personificada por los servidores públicos es la contratación estatal.

Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda en el interés general, que tiene como fines esenciales servir a la comunidad, promover la prosperidad general, entre otros. Para lograr esto la administración pública, en ejercicio de sus funciones, debe desarrollar múltiples actividades, muchas de las cuales no pueden llevar a cabo sus agentes. Por esto en ocasiones la administración pública tiene que recurrir a un tercero que desarrolle esas actividades a su nombre mediante la figura que llamamos contratación.

En el ámbito constitucional diversos artículos de la Carta Política de 1991 se refieren a la contratación estatal. Al respecto, el artículo 150 establece que compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y, en especial, de la administración nacional.

Según el artículo 267 constitucional, el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

Por su parte, el artículo 269 sostiene que en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Y el artículo 352 determina que además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993, art. 3), 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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

La contratación es una figura por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa¹¹. En el caso concreto una de esas partes es el Estado, por lo cual se define al contrato como estatal. Por regla general adquieren

¹¹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1495.

este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico¹².

En otra sentencia del Consejo de Estado se determina que la Ley 80 de 1993¹³, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁴ ha dicho que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y,

¹² CONSEJO DE ESTADO. Auto de agosto 20 de 1998, expediente 14202. Consejero: Juan de Dios Montes Hernández.

¹³ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 14579 de 20 de octubre de 2005, C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

De acuerdo con Ramírez Grisales¹⁵, la contratación estatal en Colombia se ha caracterizado, entre otras cosas, por tener un carácter eminentemente reglado; éste se justifica en la medida del interés que representa para la comunidad el objeto contractual de acuerdo a los fines perseguidos por la administración. A diferencia de los negocios jurídicos de los particulares, en la contratación estatal, es imperativo el cumplimiento de todos los requisitos previstos por el Derecho para que se produzca una manifestación de voluntad válida y eficaz. Así, las entidades públicas para la selección de sus contratistas, están sometidas en primer lugar a la Constitución, la legislación, los reglamentos y las demás fuentes secundarias creadoras de normatividad, dentro de las cuales, el pliego de condiciones es su principal exponente.

La contratación administrativa bien entendida y bien diseñada debe convertirse en una política de Estado para acelerar el crecimiento económico. El Conpes en una reunión del 31 de Julio de 2002 aprobó el documento “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, donde se muestra claramente la importancia de la contratación estatal como ejercicio de la función pública para lograr los fines estatales. Plantea el informe que la contratación del sector público se convierte en un instrumento de política pública que puede ser utilizado para fines relacionados con la redistribución del ingreso, como medio para la provisión de bienes públicos y para el logro de los fines estatales.

¹⁵ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. El pliego de condiciones en el procedimiento administrativo de licitación pública. Medellín: Universidad d Antioquia, Facultad d Derecho y Ciencias Políticas, 2005.

La contratación es una de las actividades que más desarrolla la administración pública, las cifras son contundentes: “durante la década de los noventa la contratación del Estado ha representado en promedio anual un 16% del P.I.B.”¹⁶.

La contratación estatal en cumplimiento de una función pública, se utiliza como la principal herramienta para garantizar la efectiva consolidación del aparato estatal en tanto ella represente un bienestar general.

2.4 CONFLICTO DE INTERESES

El concepto de conflicto de intereses puede encontrarse de manera explícita en los artículos 182 y 183 de la Constitución de 1991. Allí, al referirse a los congresistas de la nación, se sostiene que éstos deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones. De igual forma, se agrega que una de las causales por las cuales los congresistas podrán perder su investidura será por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

Al respecto, la Ley 144 de 1994, en su artículo 16, determina que los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que, decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.

¹⁶ RESTREPO, Juan Camilo. Hacia una nueva política de contratación pública. En: Ámbito jurídico. N° 111. Bogotá: Legis, 2002. p. 19.

Por su parte, según el artículo 2 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el Código Disciplinario Único que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 de este mismo ordenamiento. Así mismo, en el artículo 40 se estipula que todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

En este orden de ideas, y según lo establecido en el artículo 50 de esta misma ley, constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002.

El Consejo de Estado¹⁷, ha dicho que la naturaleza del conflicto de intereses hace que el hecho de que un congresista sea llamado o vinculado a una indagación preliminar por un asunto sobre el cual versa un proyecto de ley o Acto

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Radicación No: 1.903. Número único: 11001-03-06-000-2008-0038-00

legislativo, de todas maneras pueda constituir una circunstancia subjetiva que afecte su razonamiento objetivo, lo que haría que tuviese que declararse impedido para participar en su debate y votación.

No puede olvidarse que el Congreso responde a la necesidad del pueblo de obtener una participación representativa y deliberante en asuntos de diferente naturaleza, así se trate de funciones constituyentes, legislativas, judiciales, electorales, administrativas o de control político; por tanto quien detenta la calidad de congresista debe actuar de la manera más transparente pues no se representa a él mismo sino a quien ejerciendo su derecho al voto confió en que éste iba actuar de la mejor manera posible.

De todas maneras la posibilidad de que surja un conflicto de intereses en la discusión de una ley o un Acto Legislativo cuyo contenido se relaciona con fenómenos jurídico-políticos (parapolítica) sobre los cuales se le ha iniciado una investigación preliminar, depende indudablemente de la apreciación subjetiva que al respecto tenga el congresista afectado, quien debe reflexionar teniendo en cuenta los parámetros relacionados con la finalidad del congreso y la especial responsabilidad y objetividad que en todas sus actuaciones y decisiones deben tener los legisladores.

En general, puede afirmarse, siguiendo a Aparicio Yañez¹⁸, que el conflicto de intereses es un asunto que es tratado desde la óptica del derecho civil, más concretamente desde la figura del autocontrato. Así mismo, es un tema que tiene unos principios reguladores que equivalen a los criterios que se deben tener en cuenta para entrar a analizar si determinada circunstancia constituye un conflicto de interés y, en caso de serlo, la conducta por la que ha de regirse el administrador público; sin embargo, el conflicto de intereses puede presentarse no

¹⁸ APARICIO YAÑEZ, Claudia y Botero Cabrera, Adriana. Responsabilidad civil de los administradores en casos de conflictos de intereses. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

sólo frente a los mismos accionistas, sino frente a terceros. En este sentido, vale la pena tener en cuenta que los principios orientadores de la administración pública son: lealtad, transparencia, equidad, diligencia, reserva, profesionalismo y adecuación a la ley.

2.5 EL CONTROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

El control disciplinario en términos generales es la inspección, observación, vigilancia y comprobación de hechos, conductas o fenómenos que incidan directa o indirectamente a la administración o al servicio público.

La Constitución Política de 1991 radicó en cabeza de la Procuraduría General de la Nación la vigilancia de los preceptos constitucionales, de las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos en protección de la comunidad. Pero además de la Procuraduría General de la Nación, el control disciplinario externo también es ejercido por la jurisdicción disciplinaria y por las personerías distritales y municipales.

La Ley de Contratación Administrativa en su artículo 62 estipula que la Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten la normatividad.

En esta labor, la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control de la gestión contractual, ejerce esta vigilancia en tres (3) formas:

Preventiva: La ejerce con visitas a las entidades públicas con la periodicidad que demande la protección del interés general, para que los servidores públicos en el ejercicio de la actividad contractual observen los principios y la normatividad establecida para los contratos administrativos.

Sancionatoria: La ejerce cuando la conducta de un servidor público se considera, conforme a la Ley, irregular y violatoria del ordenamiento jurídico que determina sus obligaciones, sus deberes y sus prohibiciones. Esto lo hace aplicando los procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002 (C.D.U.).

Intervención: En su calidad de sujeto procesal la Procuraduría General de la Nación interviene ante la Jurisdicciones Contencioso Administrativa, Constitucional y ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia, laboral, ante el Consejo Superior de la Judicatura y las autoridades administrativas y de policía. Su facultad de intervención no es facultativa sino imperativa y se desarrolla de forma selectiva cuando el Procurador General de la Nación lo considere necesario y cobra trascendencia siempre que se desarrolle en defensa de los derechos y las garantías fundamentales.

En este contexto normativo constitucional, el Ministerio Público encabezado por la Procuraduría, desarrolla el control en acciones dentro de las cuales corresponde por parte de los servidores públicos, hacer un buen manejo de los recursos y no otras conductas que por su naturaleza han ido adquiriendo la connotación de corrupción, como lo son el tráfico de influencias y la prevalencia de los intereses particulares.

La Constitución y la Ley asignan a la Procuraduría la tarea de velar por la diligencia, la eficiencia y la observancia de los principios jurídicos en el ejercicio de la contratación estatal por cuanto la organización política de los pueblos no puede limitarse tan sólo a establecer los órganos del poder y las garantías de los

administrados, es preciso un sistema de controles en las actividades más importantes de la Administración Pública y de organismos que como la Procuraduría General de la Nación velan por los intereses de la sociedad, por el interés público, que sea el guardián de los más altos valores jurídicos, que precisamente consagra nuestra Constitución en el artículo 277.

Como mandato Constitucional se exige a la Procuraduría, como lo expresa la Corte Constitucional¹⁹, una inmensa responsabilidad en el ejercicio oportuno y eficiente de tales atribuciones.

La Personería como parte del Ministerio Público, ha visto fortalecidas sus funciones en la Ley 617 de 2000, toda vez que el artículo 24 le da algunas atribuciones como veedor del tesoro público y al respecto dice: “en los municipios donde no exista la Contraloría Municipal, el personero ejercerá las funciones de veedor del tesoro público”. En lo que se refiere al control del personero en la contratación estatal, el numeral 1° del mencionado artículo, le da la atribución de: vigilar por el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa establecidos en la ley, tales como transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual y selección objetiva. Posteriormente el numeral 5° establece que el personero puede exigir informe sobre su gestión a los servidores públicos municipales y a cualquier persona pública o privada que administre bienes o fondos del respectivo municipio.

De esta manera, la potestad disciplinaria del Ministerio Público en la contratación estatal tiene como fundamento la defensa del interés general y garantizar el cumplimiento de los fines y responsabilidades del Estado por parte de los servidores públicos.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-709 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

La potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en la contratación estatal tiene fundamento en los artículos 277 numeral 6º y 278 numeral 1º de la Constitución Política, en los artículos 1º, 3º, 69 y 182 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 62 de la Ley 80 de 1993. En virtud de los cuales el Estado por intermedio de la Procuraduría General de la Nación tiene el derecho-deber de conocer, investigar y sancionar por medio de un proceso, la conducta de los servidores públicos cuando cometan irregularidades en el ejercicio de la contratación por medio de actuaciones u omisiones.

El Personero posee potestades disciplinarias en virtud de ser agente del Ministerio Público, como veedor ciudadano y como defensor de los derechos públicos.

El personero ejerce vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (artículo 118 Constitución Política), tanto en la administración municipal como la dependencia bajo su cargo y responsabilidad (artículo 178 Ley 136 de 1994). De la misma forma ejerce funciones disciplinarias respecto de los servidores públicos municipales, adelantando las investigaciones correspondientes, acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la vigilancia de los procuradores provinciales, a los cuales deberá informar de tales investigaciones (numeral 4º artículo 178 Ley 136 de 1994). No obstante, la competencia disciplinaria de los personeros en su titularidad, que le atribuye la Ley 734 de 2002, no se extiende a los alcaldes, a los concejales y a los contralores, salvo delegación por parte de la Procuraduría General de la Nación.

El poder disciplinario del personero debe ejercerse bajo los parámetros del Código Disciplinario Único.

2.6 POSTURAS DE LA PROCURADURÍA SOBRE EL CONFLICTO DE INTERESES

Son múltiples los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación en materia de conflicto de intereses.

En fallo de noviembre de 2002 (Radicado 001-99785) se investiga la existencia de un posible conflicto de intereses por parte del Doctor Guillermo Ocampo Ospina, cuando en su momento se desempeñó como Senador de la República, por haber intervenido en la discusión y aprobación de la Ley 710 de 2001, por la cual se efectuaron unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación del año 2001, el que fue liquidado posteriormente, mediante el Decreto 2599 del 3 de diciembre de 2001, asignándole a la Corporación Autónoma Regional de Caldas Corpocaldas, la suma de \$1.000.000.000 Mcte, dineros que fueron utilizados en el convenio Interadministrativo No. 26 del 28 de diciembre de 2001 (antes referido), para comprar terrenos en el Ecosistema Bosque de Florencia. Dos de estos predios son de propiedad de la esposa del Doctor Ocampo Ospina, Carmen Gloria Cecilia Sequeda de Ocampo y de la sociedad Maderas Don Bernardo Limitada. En cuanto a la presencia de un interés directo y privado en el Congresista para el momento en el que debe ejercer sus funciones congresales legislativas son ilustrativos otros artículos de la ley 5 de 1992 que atañen a la excusa que le otorga el Presidente de la Cámara respectiva al Congresista para no votar en la discusión, cuando éste manifiesta que tiene conflicto de intereses con el tema objeto que se debate; y al deber de poner en conocimiento de la respectiva cámara "() las situaciones de carácter moral o económico, que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración" (num 6 art.268)...". Bajo esa premisa, estima el Despacho que la situación del Doctor Ocampo Ospina, encaja dentro del supuesto antes señalado, esto es, que su interés, si éste existió, se confunde con el de la colectividad en general, habida cuenta que no solo su familia era propietaria de terrenos en el ecosistema Bosque de Florencia, es más como el mismo investigado lo expuso en su favor, frente a la

generalidad, los dos terrenos pretendidos comprar en la segunda etapa, representan una mínima parte, si hablamos de extensión de los mismos.

En el fallo adoptado el 12 de noviembre de 2004 (Radicación: 001-096195), la Procuraduría consideró que el ex ministro Fernando Londoño, incurrió en conflicto de intereses y usó abusivamente su autoridad como segundo hombre más importante de la República después del Presidente. Destaca la Procuraduría que el señor Londoño Hoyos fue, en 1997, apoderado judicial del consorcio italiano Recchi, que contrató en 1994 con el Estado la construcción de un tramo de la vía Bogotá-Villavicencio. Tiempo después se presentó un conflicto en el contrato y el señor ex ministro sugirió la conformación de un Tribunal de Arbitramento del cual no hizo parte y que en el 2001 falló en contra del Estado colombiano por algo más de \$13.958 millones de pesos, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado. Por su gestión el ex ministro recibió poco más de 74 millones de pesos como honorarios. Sin embargo la falta de recursos para el pago de la deuda, hizo que el gobierno mantuviera pendiente su cancelación, intentando un acuerdo posterior con los abogados de la firma italiana. Ya como Ministro de Interior y de Justicia, el señor Londoño Hoyos en agosto de 2003, dirigió una carta al señor embajador de Italia en Colombia en la que afirmó: “He estado muy pendiente de la evolución que tenga en el Ministerio de Obras Públicas la muy legítima aspiración del Consorcio Recchi –GLF, para que se le pague la deuda pendiente por la liquidación del contrato para la construcción del tercer tramo de la carretera Bogotá –Villavicencio. El señor Ministro de Obras me ha hecho saber que ha agotado todos los esfuerzos a su alcance para cubrir esta obligación y que tiene contacto permanente con los constructores para zanjarla a la mayor brevedad. Mucho le agradecería que me hiciera saber si la firma italiana se encuentra satisfecha con los resultados de estas gestiones, pues que no tendré inconveniente en persistir en ellas si fuere del caso”. Se evidenció con esta comunicación que el entonces ministro, intervino ante su par de la cartera del

Transporte y ante el Invías para que cancelaran la deuda, lo que aparece demostrado en pruebas documentales.

A principios de 2010, la Procuraduría General de la Nación (Boletín 289) pidió la pérdida de investidura del Representante a la Cámara, Luís Felipe Barrios Barrios, por vulnerar el régimen conflicto de intereses, en lo referente al orden moral, ya que el Representante a la Cámara incurrió en conflicto de intereses al no declararse impedido para participar y votar en el momento de resolver la apelación interpuesta por el Representante Silva Meche contra la decisión del Presidente de la Cámara de tenerlo como miembro del Partido de la U. Según el Ministerio Público, el señor Barrios Barrios, incurrió en conflicto de intereses no por votar el informe de conciliación de la ley que convocaba al pueblo a un referendo sino por intervenir en la discusión del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.

Pero quizás el caso más sonado durante el 2010 y principios de 2011 es el denominado escándalo del “carrusel de la contratación”, el cual se ha desarrollado en la ciudad de Bogotá en donde se han visto implicados funcionarios públicos como es el caso del contralor de dicha ciudad, senadores de la República, contratistas y hasta el mismo Alcalde de la capital; todo este asunto ha versado sobre los ofrecimientos que ha hecho la empresa contratista conocida como el Grupo Nule a funcionarios públicos para lograr el otorgamiento de contratos de reestructuración de la malla vial capitalina. Este escándalo, caracterizado por un conflicto de intereses entre los implicados ya ha arrojado las primeras destituciones, como es el caso del Contralor de Bogotá, Miguel Ángel Moralesrussi, quien fue inhabilitado por veinte años para el ejercicio de cargos públicos por parte del Procurador General de la Nación; en este proceso también se inhabilitó al excongresista Germán Olano por un periodo de doce años, ya que ambos funcionarios recibieron dineros como sobornos en contratos para la reparación de la malla vial de Bogotá. En estos fallos no procede recurso alguno y

aún quedan en vilo las investigaciones en contra del Alcalde de Bogotá, Samuel Moreno y su hermano, el senador Iván Moreno, quien ya es objeto de investigación de la Procuraduría por su presunta presión sobre los empresarios Nule para la entrega de terrenos para construir estaciones de gasolina de su propiedad en el tramo de la vía Bogotá-Girardot. Lo paradójico de todo este asunto es que aún los miembros del grupo Nule no han sido sancionados ni inhabilitados, aún cuando las investigaciones de otros procesados demuestren la existencia de un conflicto de intereses en este escándalo, y aunque aún siendo particulares hay que tener presente que son objeto de acción y sanción disciplinaria, ya que conforme a la ley su actuación se encuentra contemplada en el acápite del Código Único Disciplinario relacionado con los particulares.

CONCLUSIONES

La responsabilidad disciplinaria que recae en cabeza de los servidores públicos con ocasión de su ejercicio en la contratación estatal surge de los artículos 26 y S.S. de la Ley 80 de 1993. Específicamente en lo concerniente a la contratación estatal, el artículo 26 de la Ley 80 consagró el principio de responsabilidad en virtud del cual los servidores públicos responderán por sus actuaciones, no obstante, deberá extenderse a los hechos, acciones, omisiones o abstenciones, la cual abarca no sólo la etapa de ejecución del contrato, sino que además, incluye la etapa precontractual, lo que hace desaparecer efectos jurídicos a la distinción de los denominados actos separables del contrato y reduce todos los conflictos.

Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, este deber surge del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 numeral 1°. Pero además, dicho artículo promueve la vigilancia, en el

sentido de que las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del mismo. En cuanto a que la actuación debe proteger otros intereses, significa que no sólo los intereses de la administración orientan la actuación de los servidores públicos, pues ellos deben actuar protegiendo los intereses del contratista y de los terceros.

Para determinar la responsabilidad de los servidores públicos es necesario que la administración demuestre que se ha incurrido en una conducta tipificada o que se ha ocasionado un daño, pero además, se debe probar la condición de antijuridicidad de la conducta. Esa antijuridicidad sólo es concebible en relación con el actor de la conducta y con la relevancia del hecho que se pretende sancionar. Debe tratarse de la acción consciente del servidor público, en la que no incurran vicios del consentimiento y tampoco circunstancias que permitan eximir la responsabilidad.

Los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, están sometidos a un conjunto de normas de origen constitucional, legal y reglamentario que determina sus funciones, deberes, derechos y prohibiciones. De la misma forma el ordenamiento jurídico establece una serie de sanciones para el servidor público que incumpla sus deberes o incurra de forma activa en prohibiciones establecidas para el ejercicio de sus funciones, después de haberse determinado su responsabilidad disciplinaria.

REFERENCIAS

AMAYA CASTRILLÓN, Juan Carlos. El estatuto anticorrupción: En: Estudios de Derecho. Año IX, Vol. VII, N° 129. Medellín, 1998.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. Legado del saber, la mayoría no existe. Medellín: Universidad de Antioquia, 2003.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.

CONSEJO DE ESTADO. Auto de agosto 20 de 1998, expediente 14202. Consejero: Juan de Dios Montes Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

DÁVILA VIANEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis, 2001.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos; y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill Interamericana, 2006. 850 p.

LEY 80 DE 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editores, 1977.

MESA NIEVES, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. 250 p.

NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad a los intereses generales. Barcelona: Civitas, 1991.

RESTREPO, Juan Camilo. Hacia una nueva política de contratación pública. En: *Ámbito jurídico*. N° 111. Bogotá: Legis, 2002.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Contratación estatal: legislación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 551 p.

VALLEJO MEJÍA, Jesús. Los fines del Estado. En: *Estudios de Derecho*. Vol. XII, N° 101-102. Medellín: Universidad de Antioquia, 1982.

VILLADIEGO CABALLERO, Jannette. La responsabilidad del delegante en materia de contratación estatal. En: *Justicia; Revista Jurídica (Barranquilla)*, No. 05, Dic. 2001, p. 34 – 36.

VILLEGAS GARZÓN, Oscar. *El Proceso Disciplinario*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 59.