



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1022 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

IMPEDIMENTO - Concepto y finalidad / PROHIBICIONES A SERVIDORES PÚBLICOS - Gestionar en asuntos a su cargo / GESTIONAR - Concepto
 IMPEDIMENTO - Concepto y finalidad / PROHIBICIONES A SERVIDORES PÚBLICOS - Gestionar en asuntos a su cargo / GESTIONAR - Concepto.

Prohibición a servidor público / GESTIÓN DE ASUNTOS A SU CARGO - Alcance de la noción prohibitoria

El impedimento es un hecho legalmente previsto, que imposibilita a un funcionario para conocer de una actuación administrativa o de un proceso judicial; su finalidad es asegurar la imparcialidad de las autoridades y ofrecer garantías a todas las personas. El funcionario en quien concurre una causal de impedimento está obligado a declararse impedido, tan pronto como advierte la existencia de ella. Si no lo hace, podrá formularse contra él una recusación para que no conozca de la actuación o proceso. Por otra parte el Código Disciplinario, aplicable a empleados y trabajadores del Estado, establece dentro de las prohibiciones a los servidores públicos la de "gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros". El término gestionar según el diccionario de la Real Academia Española significa "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera", de lo que se colige que la norma prohíbe al servidor público ocuparse de actividades encaminadas a hacer realidad un asunto del que había conocido, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, hasta el momento de asumir el cargo. La prohibición se refiere a asuntos que estuvieron "a su cargo", en relación con los cuales no puede gestionar a título personal o en representación de terceros, directa o indirectamente. Debe entenderse que dicha prohibición involucra no sólo a la persona natural en particular, quien pudo actuar directamente o a través de apoderado o asesor, sino también al representante legal de una entidad o agremiación que intervenga en representación de terceros -los asociados- y cuya actividad llegue a desarrollarse directa o indirectamente por apoderado o asesor. Ahora bien, esa actuación a título personal puede consistir en formular opiniones, fijar criterios y hacer cuestionamientos, verbales o escritos, relacionados con asuntos que, con posterioridad a cuando ya ostenta la calidad de servidor público, son sometidos a su consideración, evento en el cual rige la prohibición de intervenir en el respectivo trámite.

NOTA DE RELATORÍA: Levantada su reserva legal con auto de 10 de diciembre de 2001.

INHABILIDADES PARA CONTRATAR - Persona jurídica. Servidor público / PROCESO LICITATORIO - Inhabilidad para contratar por participación como consultar en estudio y diseño / CONSULTOR - Inhabilidad para contratar en licitación que se sirve de estudios, diseño y precios por él elaborados / CONSULTORÍA - Inhabilidad / CONTRATO ESTATAL - Inhabilidad de persona jurídica, representante y parientes de éste

En el artículo 8 numeral 2 letra d), de la ley 80 de 1993, al referirse a las inhabilidades para contratar con una entidad estatal señala que éstas se dan respecto de las personas jurídicas, las cuales no pueden celebrar contratos con una entidad de ese tipo cuando quien las dirigió, es decir, desempeñó en ellas cargos en el nivel directivo, asesor o ejecutivo, adquieren la condición de funcionario público y, como tal, le correspondería contratar en nombre de la entidad oficial con la persona jurídica que antes condujo. Hace extensiva esta inhabilidad, inclusive, a los parientes del servidor público dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, así como a su cónyuge, a su compañero o compañera permanente, que hayan participado en la dirección de la persona jurídica que pretende contratar con la entidad oficial. Es decir, la actividad a que alude la causal invocada, para los efectos de la consulta, se relaciona con la actuación administrativa en el proceso licitatorio, en el que la elaboración de estudios, diseños y planos es requisito indispensable para la conformación del pliego de condiciones o términos de referencia, que son las especificaciones que determinan las reglas de la licitación. Las actuaciones del ingeniero Rizo Pombo fueron más allá de ese concepto, emitido por fuera de la actuación administrativa. En consecuencia, aquellas le impiden participar en los procesos de licitación, adjudicación y contratación de las obras de rehabilitación o saneamiento de la Ciénaga de la Virgen. La Sala estima que el hecho de que un funcionario público haya participado en el proceso contractual, como es el caso de haber sido accionista de una empresa que trabajó asociada a una firma que cumplió una función de consultoría en el diseño de una obra pública, le impide a su vez la intervención en la etapa de adjudicación y contratación de la misma, pues ello resultaría contrario a los "principios de transparencia" y responsabilidad consignados en el estatuto contractual, toda vez que, en el evento de presentarse algún conflicto jurídico en el desarrollo de la obra, pueden ser llamados a responder civil o penalmente quienes actuaron en la consultoría durante las fases de prefactibilidad o factibilidad de la misma.

NOTA DE RELATORÍA: Levantada su reserva legal con auto de 10 de diciembre de 2001.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Santa fe de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

Radicación número: 1022

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia : Inhabilidades e incompatibilidades. El caso del actual Ministro de Transporte en relación con el Convenio de Cooperación Económico Tecnológico celebrado entre Colombia y los Países Bajos.

El señor Ministro de Transporte, ingeniero José Enrique Rizo Pombo, formula a la Sala la siguiente consulta, previo el relato de algunos hechos relacionados con actividades específicas de carácter profesional, que adelantó antes de ser designado para dicho cargo.

1. "¿En mi calidad de Ministro de Transporte, estaría inhabilitado dentro de los procesos de licitación, adjudicación y contratación de las obras para la construcción de la bocana estabilizada para la adecuación y dragado de la Ciénaga de la Virgen en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, habiendo cumplido tareas y responsabilidades como socio de CARINSA, para el apoyo logístico a HASKONING?

2. ¿En mi calidad de Ministro de Transporte sobrevendría alguna incompatibilidad o conflicto de intereses dentro de los procesos de licitación, adjudicación y contratación de las obras para la adecuación y dragado de la Ciénaga de la Virgen en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, de la cual hace parte el proyecto de la bocana estabilizada de marea, habiendo cumplido tareas y responsabilidades como socio de CARINSA, para el apoyo logístico de la firma HASKONING?

3. ¿En mi calidad de Ministro de Transporte estaría inhabilitado o tendría alguna incompatibilidad o conflicto de intereses en los procesos de licitación, adjudicación y contratación de obras en cuya etapa o proceso de diseño hubiera tenido participación el suscrito a título personal y profesional o a través de la firma consultora CARINSA, como podría ser el caso de la denominada Vía Perimetral de la Ciénaga de la Virgen (ó Vía Cruce Bazaruto Anillo Sur Ciénaga de la Virgen) y la concesión en la carretera de La Cordialidad?".

I. Fundamentos Constitucionales y legales.

Constitución Nacional:

"ART. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones" (inciso 1).

Decreto 01 de 1984 (2 de enero), por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo:

"Art. 1. *"Campo de aplicación"*. Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y ministerio público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de 'autoridades'.

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles "(incisos 1 y 2) (Subrayado por la Sala).

"Art. 30. Garantía de imparcialidad. A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán, además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, las siguientes:

(inciso 1). (Subraya la Sala).

Código de Procedimiento Civil:

"ART.150. - Modificado. D.E. 2282/89, art.1, num. 88. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

(*)

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

(*)"

Ley 80 de 1993 (28 de octubre), Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

"ARTICULO 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(*)

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(*)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeño cargos de dirección o manejo. (Subrayado de la Sala).

(*)".

"ARTICULO 23. *De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo".

"ARTICULO 26. *Del principio de responsabilidad.* En virtud de este principio:

(*)

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

(*)

5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

(*)".

"ARTICULO 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 u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría".

Ley 200 de 1995 (28 de julio), Código Disciplinario:

ARTICULO 20. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a 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 de Lucha ciudadana contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional".

"ARTICULO 41. PROHIBICIONES. Está prohibido a los servidores públicos:

(*)

31. Gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros.

(*)".

Rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen.

Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte le fue asignada la responsabilidad por las obras y acciones necesarias para el saneamiento de la Ciénaga de la Virgen, mediante decreto 07 de 1984.

Este proyecto hace parte integral del Plan de Acción Ambiental para el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, que constituye el plan de inversiones para el período 1994-1999, según documento del Departamento Nacional de Planeación.

En aquel estudio se afirma: "Para la rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen, el DNP, en el marco del Convenio de Cooperación Bilateral con el Gobierno de los Países Bajos, solicitó una misión técnica para conocer y revisar los planes existentes y en ejecución para el saneamiento integral de Cartagena y recomendar alternativas técnicas para la rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen. La Misión visitó a Colombia entre los días 27 de Abril al 10 de Mayo (año de 1993), durante los cuales sostuvieron reuniones en Bogotá y en Cartagena con funcionarios de distintas entidades del orden nacional y local. Su recomendación principal fue diseñar y construir una bocana de marea estabilizada para conectar en forma permanente la ciénaga con el mar (*) El diseño y ubicación de la Bocana deberán garantizar que el impacto sea mínimo sobre las playas y los programas hoteleros de la zona (*) Con base en esta recomendación se preparó una solicitud al Gobierno de los Países Bajos para la cofinanciación del estudio y construcción de la bocana (*) La duración de los estudios y diseños se estima en dos años".

La misión que adelantó la revisión y evaluación de los planes de rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen fue la firma HASKONING, Compañía

Real Holandesa de Ingenieros Consultores y Arquitectos.

Fundamentado en la recomendación formulada por la firma HASKONING, el EDURBE -Empresa de desarrollo urbano de Bolívar- como delegatario del Ministerio de Transporte -contrato interadministrativo 955 de 1992- suscribió el contrato 07 de 1994 con la firma CARINSA -Cartagenera de Ingenieros S.A.-, con el objeto de "Adelantar estudios y mediciones de campo para determinar las obras que permitan el saneamiento de la Ciénaga de la Virgen en Cartagena de Indias y el sitio de ubicación de la Bocana de Marea Estabilizada que comuniquen en forma continua el mar con la Ciénaga de la Virgen". Estas actividades fueron realizadas durante el lapso comprendido entre el 15 de julio de 1994 y el 15 de marzo de 1995.

Con base en los convenios de cooperación técnica existentes entre los Gobiernos de los Países Bajos y de Colombia, el decreto 07 de 1984 y en el concepto de la firma HASKONING, entre otros, se acordó celebrar el Convenio 349 de 1994, entre el Ministerio de Transporte de la República de Colombia y el Directorio General de Obras Públicas y Administración de las Aguas del Ministerio de Transporte y Obras Públicas del Reino de los Países Bajos, en el que éste último se compromete a prestar "Asistencia técnica para ejecutar los Diseños y la Supervisión de la Construcción de la Bocana Estabilizada para la Adecuación y Dragado de la Ciénaga de la Virgen en Cartagena, de acuerdo a EL CONVENIO, por lo cual designó a HASKONING, Compañía Real Holandesa de Ingenieros Consultores y Arquitectos, que de ahora en adelante se llamará el REPRESENTANTE DEL CONSULTOR, como su directo responsable en la ejecución de conformidad con la Propuesta Técnico-Económica de julio de 1994, la cual fue aceptada por EL MINISTERIO".

Para el cumplimiento de lo previsto en el Convenio 349 de 1994, la firma HASKONING celebró en julio de 1995 un Acuerdo de Asociación con CARINSA S.A., con el objeto de desarrollar todas las fases de consultoría para el estudio, diseño y supervisión de la construcción de una bocana de marea para la rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen en Cartagena, de acuerdo con lo establecido en el referido Convenio.

La fase I de estudios y diseño del proyecto concluyó en mayo de 1996 y, como un año después no se había iniciado la construcción de la obra necesaria para entrar a ejecutar la fase II, estas firmas terminaron su asociación en abril de 1997.

Lo anterior permite concluir que el proyecto de Rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen comprende dos grandes procesos a saber: de un lado, el de estudio y diseño, y, de otro, el de la construcción, para el cual va a abrirse la correspondiente licitación cuya supervisión ya está previsto que sea efectuada por la firma HASKONING.

III. Análisis normativo y consideraciones.

El artículo 209 de la Constitución dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros principios, en los de moralidad e imparcialidad. A su vez el Código Contencioso Administrativo, aplicable a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público estatuye en su artículo 30 que para garantizar la imparcialidad de "los funcionarios encargados de pronunciar decisiones definitivas" se aplicarán, entre otras, las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil, el cual, en el numeral 12 del artículo 150 prevé la de: "Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso".

A este respecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en auto del 22 de junio de 1984, manifestó:

"el concepto que inhabilita legalmente para un pronunciamiento dentro del proceso no es el que se haya emitido como funcionario en una providencia anterior, sino el que se haya expuesto por fuera de la actuación y que pueda traducirse en su confirmación dentro de ella. Lo que se tiende a evitar no es el mantenimiento de una determinada manera de pensar en el decurso de un proceso, sino que las opiniones dadas por el funcionario fuera de él, no lo condicionen a seguirlas teniendo en la actuación procesal por interés intelectual o amor propio". (Se subraya).

El impedimento es un hecho legalmente previsto, que imposibilita a un funcionario para conocer de una actuación administrativa o de un proceso judicial; su finalidad es asegurar la imparcialidad de las autoridades y ofrecer garantías a todas las personas.

El funcionario en quien concurre una causal de impedimento está obligado a declararse impedido, tan pronto como advierte la existencia de ella. Si no lo hace, podrá formularse contra él una recusación para que no conozca de la actuación o proceso.

Por otra parte el Código Disciplinario, aplicable a empleados y trabajadores del Estado, establece dentro de las prohibiciones a los servidores públicos la de "gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros". El término gestionar según el diccionario de la Real Academia Española significa "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera", de lo que se colige que la norma prohíbe al servidor público ocuparse de actividades encaminadas a hacer realidad un asunto del que había conocido, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, hasta el momento de asumir el cargo.

La prohibición se refiere a asuntos que estuvieron "a su cargo", en relación con los cuales no puede gestionar a título personal o en representación de terceros, directa o indirectamente. Debe entenderse que dicha prohibición involucra no sólo a la persona natural en particular, quien pudo actuar directamente o a través de apoderado o asesor, sino también al representante legal de una entidad o agremiación que intervenga en representación de terceros -los asociados- y cuya actividad llegue a desarrollarse directa o indirectamente por apoderado o asesor.

Ahora bien, esa actuación a título personal puede consistir en formular opiniones, fijar criterios y hacer cuestionamientos, verbales o escritos, relacionados con asuntos que, con posterioridad a cuando ya ostenta la calidad de servidor público, son sometidos a su consideración, evento en el cual rige la prohibición de intervenir en el respectivo trámite.

La ley 80 de 1993 es más exigente y severa que el anterior estatuto (decreto 222 de 1983), en cuanto a las responsabilidades que se derivan del contrato ilegalmente celebrado y ejecutado.

Es así como, en desarrollo del principio de responsabilidad que se fija en el artículo 26 de aquella ley, se preceptúa que esa responsabilidad puede derivarse de actuaciones y hechos antijurídicos, imputables a los sujetos intervinientes en todo el proceso de la contratación estatal.

A su vez, en el artículo 8 numeral 2 letra d), al referirse a las inhabilidades para contratar con una entidad estatal señala que éstas se dan respecto de las personas jurídicas, las cuales no pueden celebrar contratos con una entidad de ese tipo cuando quien las dirigió, es decir, desempeñó en ellas cargos en el nivel directivo, asesor o ejecutivo, adquieren la condición de funcionario público y, como tal, le correspondería contratar en nombre de la entidad oficial con la persona jurídica que antes condujo.

Hace extensiva esta inhabilidad, inclusive, a los parientes del servidor público dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, así como a su cónyuge, a su compañero o compañera permanente, que hayan participado en la dirección de la persona jurídica que pretende contratar con la entidad oficial.

De acuerdo con la consulta formulada, el señor Ministro de Transporte, ingeniero José Enrique Rizo Pombo, constituyó el 21 de diciembre de 1973 la Sociedad JOSE HENRIQUE RIZO POMBO & CIA. LTDA., que se transformó el 12 de agosto de 1987 en anónima bajo la denominación de CARTAGENERA DE INGENIERIAS S.A. CARINSA, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena, cuyo objeto social está orientado, entre otros aspectos, a "la prestación de servicios y ejecución de toda clase de trabajos de consultoría de ingeniería y otros campos y especialidades como estudios, diseños, gerencia de proyectos, asesorías, peritazgos, interventorías y arbitramentos; la actividad de la construcción, la urbanización y el desarrollo de todo tipo de proyectos".

El ingeniero Rizo Pombo fue desde la constitución de la sociedad hasta el pasado 6 de junio de 1997, fecha en que vendió sus acciones, el mayor accionista de CARINSA; de esta entidad se retiró como miembro de su junta directiva el día 6 de junio de este año.

CARINSA ha estado vinculada al proceso de Rehabilitación de la Ciénaga de la Virgen en Cartagena desde el 17 de junio de 1994, día en el que suscribió con el EDURBE el contrato 07, cuyo objeto era adelantar estudios para determinar las obras tendientes a su saneamiento de la Ciénaga de la Virgen y el sitio de ubicación de la bocana de marea estabilizada que la comunique con el mar.

Posteriormente constituyó una sociedad con la firma HASKONING, con el fin de adelantar la consultoría para las fases de: a) estudio y diseño y, b) supervisión de la construcción de la bocana de marea para la rehabilitación de la Ciénaga. La primera de ellas -estudio y diseño- culminó en mayo de 1996; quedó pendiente la segunda que depende, obviamente, de que se contrate la respectiva construcción de la bocana.

CARINSA y HASKONING terminaron su sociedad el 30 de abril de 1997, liberando así a la primera de las citadas del desarrollo de la fase II.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que el ingeniero Rizo Pombo estaría incurso, y por tanto impedido, en la causal de recusación consagrada en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto advierte como tal el hecho de que se haya dado consejo o concepto fuera de la actuación judicial, lo cual llevado al campo de la administración ha de entenderse como el concepto proferido por una "autoridad" fuera de la correspondiente actividad administrativa (art.1 decreto 01/84); pues debe recordarse que el señor Ministro, como miembro que fue de la asamblea de accionistas y de la junta directiva de CARINSA, participó en el estudio y diseño de la obra cuya construcción, precisamente, le competía contratar. Participación que implicó que mediante la figura de la consultoría, se hubieran adelantado estudios técnicos y diseño en aspectos estructural, arquitectónico y de instalaciones que son los que van a servir de base para la construcción de la obra que deberá someterse a licitación.

Es decir, la actividad a que alude la causal invocada, para los efectos de la consulta, se relaciona con la actuación administrativa en el proceso licitatorio, en el que la elaboración de estudios, diseños y planos es requisito indispensable para la conformación del pliego de condiciones o términos de referencia, que son las especificaciones que determinan las reglas de la licitación.

Las actuaciones del ingeniero Rizo Pombo fueron más allá de ese concepto, emitido por fuera de la actuación administrativa. En consecuencia, aquellas le impiden participar en los procesos de licitación, adjudicación y contratación de las obras de rehabilitación o saneamiento de la Ciénaga de la Virgen.

Lo anterior guarda plena armonía con lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto Contractual, que prescribe:

"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 u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría". (Se resalta).

La Sala estima que el hecho de que un funcionario público haya participado en el proceso contractual, como es el caso de haber sido accionista de una empresa que trabajó asociada a una firma que cumplió una función de consultoría en el diseño de una obra pública, le impide a su vez la intervención en la etapa de adjudicación y contratación de la misma, pues ello resultaría contrario a los principios de transparencia y responsabilidad consignados en el estatuto contractual, toda vez que, en el evento de presentarse algún conflicto jurídico en el desarrollo de la obra, pueden ser llamados a responder civil o penalmente quienes actuaron en la consultoría durante las fases de prefactibilidad o factibilidad de la misma.

En lo relacionado con la actuación a título personal del ingeniero Rizo Pombo en el diseño de obras que ahora deben ser contratadas por el despacho a su cargo, se considera que no podrá participar en la licitación, adjudicación ni contratación de las mismas por existir expresa prohibición en el numeral 31 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, según el cual los servidores públicos no podrán "Gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros".

Finalmente cabe advertir que, de conformidad con las actas aportadas a la consulta y el certificado de existencia y representación de CARINSA S.A. los accionistas actuales son las siguientes personas: CARMENCITA DELGADO DE RIZO, MERCEDES AMELIA RIZO DELGADO, JOSE HENRIQUE RIZO DELGADO, SANTIAGO LUIS RIZO DELGADO, LINA MARIA ACOSTA ARANGO y BLANCA CECILIA VERBEL PEINADO, de donde la Sala infiere que varios de ellos son parientes del ingeniero Rizo Pombo, situación ésta que inhabilita a la sociedad para licitar o para contratar con el Ministerio de Transporte, mientras aquél sea el titular de ese Ministerio. Lo anterior de acuerdo con lo prescrito en el artículo 8 de la ya citada ley 80 de 1993 (num 2 letra d).

Sobre las causales de inhabilidad en la contratación estatal se pronunció recientemente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo:

"De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que, indudablemente han sido intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección.

Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación, se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la administración, puedan participar en los procesos de selección, pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación" (Exp.10.760 del 28 de agosto de 1997).

Por ello la Sala recomienda que, para acoger el principio de transparencia que debe acompañar toda actuación administrativa y contractual, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 de la ley 63 de 1923, el señor Ministro manifieste su impedimento ante el consejo de ministros para que éste decida y, de aceptarse el impedimento, el señor Presidente de la República, que es su superior y ostenta la calidad de jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa, adscriba a otro de los ministros del despacho el manejo de toda la actuación correspondiente a los procesos de licitación, adjudicación y contratación de las obras de las cuales se trata en la presente consulta, que deben realizarse en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.

IV. Se responde:

A las preguntas 1 y 2:

El actual Ministro de Transporte, ingeniero José Enrique Rizo Pombo, está inhabilitado para actuar en el proceso de licitación, adjudicación y contratación de las obras tendientes a la construcción de la bocana estabilizada para la adecuación y dragado de la Ciénaga de la Virgen en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, pues era accionista y miembro de la junta directiva de CARINSA, S.A., sociedad que participó conjuntamente con la Compañía HASKONING en las labores de consultoría correspondientes a la fase de estudio y diseño de dichas obras.

Además, porque CARINSA, S.A., de la cual formaba parte en las condiciones anotadas, suscribió el 17 de junio de 1994 el contrato número 07, con la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar S.A. EDURBE, cuyo objeto era que CARINSA S.A., denominado EL CONSULTOR adelantara "los estudios y mediciones de campo para determinar las obras que permitan el saneamiento de la Ciénaga de la Virgen en Cartagena de Indias y el sitio de ubicación de la Bocana de Marea Estabilizada que comunique en forma continua el mar con la Ciénaga de la Virgen".

Esta inhabilidad se configura por razones diferentes a las de incompatibilidades o conflictos de intereses, pues nace de un impedimento regulado por norma legal, que es la contenida en el numeral 12 artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

A la pregunta 3.

Respecto del proceso de licitación, adjudicación y contratación de obras en cuya etapa de diseño hubiere participado el Ingeniero José Enrique Rizo Pombo, en forma personal y profesional, el Código Disciplinario le prohíbe expresamente realizar gestiones en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente, a título personal o en representación de terceros (Art. 200 de 1995, artículo 41, numeral 31).

Si su participación se hizo por intermedio de la firma consultora CARINSA S.A., su impedimento para actuar como Ministro de Transporte en el proceso mencionado, está previsto en la causal del numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, pues aquella sociedad emitió concepto por fuera de la actuación administrativa, con lo cual hizo parte del estudio y diseño de las obras objeto de licitación, adjudicación y contratación.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala

JAVIER HENAO HIDRON

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA
RAUL GIRALDO LONDOÑO
Secretario Ad-hoc

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:06:24