

SANCION DISCIPLINARIA DE DESTITUCION POR ADELANTAR PROCESO DE LICITACION INCURSO EN INHABILIDAD – Participación en sociedad licitante de servidor público

En el caso particular del demandante, la Procuraduría General de la Nación reprochó la conducta del actor, pero no en cuanto debió impedir que la sociedad de la cual era socio, se presentara en el proceso licitatorio, sino por la conducta omisiva de dicho servidor público y encargado en ese momento de dirigir parte de la etapa precontractual, y que se concreta en que a pesar de tener conocimiento de su participación accionaria en la sociedad licitante, continuó ejerciendo la delegación y llevando a cabo el proceso licitatorio, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a la situación presentada. Esta circunstancia, a juicio de la Procuraduría, desconoce los deberes de los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, en cuanto está establecida la prohibición de la participación en el proceso licitatorio de quienes se encuentren en las circunstancias descritas en el literal d, artículo 8º de la Ley 80 de 1995. En este orden, la Procuraduría estimó que la conducta del disciplinado constituía falta gravísima por violar el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 8 numeral 2 literal d) de la Ley 80 de 1993, al considerar que "...el implicado consciente y voluntariamente permitió la participación y adjudicación a la Empresa Colombiana de Zonas Francas E.P.Z., con pleno conocimiento de que en ella tenía participación accionaria, y en consecuencia se hallaba inhabilitado para participar como servidor público que era". Para el caso presente, es importante clarificar que a pesar de que la persona jurídica adjudicataria difiere del servidor público, este supuesto normativo le resulta aplicable al servidor que siendo socio de la licitante, no manifiesta su impedimento para continuar ejerciendo la delegación

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 8 NUMERAL 2 LITERAL D / LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 25 NUMERAL 10

INHABILIDAD PARA PARTICIPAR EN LICITACION, CONCURSO O CONTRATO – Destinatarios. Sociedades. Servidores Públicos

El demandante interpreta que la norma (literal d numeral 2 artículo 8 de la Ley 80 de 1993), tiene como destinatario exclusivo a las entidades que aspiran a licitar, concursar o contratar, dado que la redacción de la misma las menciona en el encabezado (en este caso "las sociedades anónimas"), y señala respecto de ellas que no pueden "celebrar contratos estatales". En efecto, si es claro que la inhabilidad contractual se predica de la sociedad, lo cual puede tener efectos en su situación como parte licitante, concursante o contratante, ello no excluye sino que confirma que dicha inhabilidad tenga como sujeto también al servidor público que siendo directivo, asesor o ejecutivo, tiene e deber de impedir que dicha sociedad, en la que tiene participación o desempeñe cargo directivo, participe en el proceso contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 8 NUMERAL 2 LITERAL D

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D. C, seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 47001-23-31-000-2001-00933-01(1985-06)

Actor: AMED ZAWADY LEAL

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Autoridades Nacionales

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, a través de apoderado, por Amed Zawady Leal contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

La demanda. *El señor Amed Zawady Leal por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. demanda la nulidad de los fallos disciplinarios de 12 de mayo y 12 de diciembre de 2000, proferidos por la Comisión Especial Investigadora y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nacional, en primera y segunda instancia, respectivamente, mediante los cuales se le sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de cinco años.*

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene a la Procuraduría General de la Nación a pagar a título de restablecimiento del derecho, los perjuicios materiales y morales ocasionados por el proceso disciplinario adelantado en su contra y que concluyó con la imposición de la sanción.

Así mismo, pidió que los valores resultantes de las diversas condenas sean ajustados de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A. y que de ordene a la entidad dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Afirma el apoderado que el señor Amed Zawady Leal se desempeñó como Secretario General del Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Santa Marta durante el período comprendido entre el 6 de mayo de 1996 y el 30 de marzo de 1997, período en el cual fue delegatario del entonces Alcalde Distrital de Santa Marta para la organización del proceso precontractual previsto dentro de la convocatoria No. 001 de 1996 mediante la cual se pretendía constituir una sociedad de economía mixta denominada Promotora Turística de Pozos Colorados, con el objeto de explotar, promocionar, desarrollar y prestar servicios turísticos en el predio denominado Salinas de Pozos Colorados.

Que ante las denuncias efectuadas por algunos medios de comunicación por irregularidades en el proceso e extinción de dominio que la Nación efectuó sobre el inmueble conocido como “Salinas de Pozos Colorados” y la selección del socio con el que el Distrito desarrollaría el complejo turístico de Pozos Colorados, la Procuraduría General de la Nación abrió investigación disciplinaria contra el Alcalde Mayor y el Secretario General del Distrito de Santa Marta.

Informa que dentro del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, al señor Amed Zawady Leal le fueron formulados cargos, teniendo en cuenta que en su condición de Secretario General de la Alcaldía Mayor de Santa Marta no sólo intervino en la etapa precontractual de la Convocatoria No. 001 de 1996, sino también en la selección de la Empresa Colombiana de Zonas Francas en la cual tenía participación como socio activo.

Que a juicio de la Procuraduría General de la Nación, la anterior circunstancia constituye una violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el artículo 8 numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993, como quiera que el señor Amed Zawady Leal tenía participación en la empresa seleccionada, al tiempo que ejercía cargo directivo en la administración distrital.

Manifiesta que el 12 de mayo de 2000, la Comisión Espacial Investigadora de la Procuraduría General de la Nación, en primera instancia, declaró disciplinariamente responsable al señor Amed Zawady Leal al concluir que su conducta dentro de la Convocatoria No. 001 de 1996 violó el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en la Ley 80 de 1993 imponiéndole, en consecuencia, sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por cinco años.

Contra la anterior decisión, el demandante formuló recurso de apelación el cual fue resuelto por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante providencia de 12 de diciembre de 2000, confirmando en todas sus partes el fallo de 12 de mayo del mismo año.

Normas violadas y concepto de violación. *En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:*

De la Constitución Política los artículos, 29 y 230.0

De la Ley 200 de 1995, los artículos 4, 5, 14, 15, 27, 29 y 92.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que con la expedición de los actos demandados se desconocieron normas de carácter superior como la prevista en el artículo 29 de la C.P., en concordancia con el artículo 4º de la Ley 200 de 1995 dado que, aún en ejercicio del poder disciplinario el Estado no puede actuar de manera absoluta o ilimitada, sino dentro de parámetros que fija el ordenamiento jurídico.

Manifestó la parte actora que, el proceso adelantado por el Distrito de Santa Marta destinado a seleccionar un socio para llevar a cabo el proyecto de desarrollo turístico en el predio denominado Salinas de Pozos Colorados no constituye una etapa contractual razón por la cual, consideró que, no le eran aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993.

En el caso del actor la conducta que se le endilga en el pliego de cargos, no tiene adecuación típica en la norma invocada como violada, cual es el artículo 8º numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993, traducida en la configuración de la falta gravísima prevista en el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995.

Agregó que, incluso si el proceso de selección del socio estratégico antes referido fuera considerado una etapa contractual tal circunstancia no afectaría la conducta del señor Amed Zawady Leal, en tanto la inhabilidad o prohibición prevista en el artículo 8, numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993 recae exclusivamente sobre la persona jurídica, en este caso, la sociedad y no sobre el hoy demandante como erradamente lo consideró la Procuraduría General de la Nación en los fallos impugnados.

Considera también que al no haberse evaluado la culpabilidad en el auto de cargos, no sólo desconoce el deber que se impone a la Procuraduría General de

la Nación para cumplir esta formalidad tal y como lo exige el numeral 7º del artículo 92 del Código Disciplinario Único, sino que le vulnera al disciplinado el derecho de defensa.

TRAMITE

Se destaca por la Sala que la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Magdalena quien tramitó el proceso y profirió sentencia el 17 de noviembre de 2005 (Fol. 167) la cual fue apelada por el ente de control demandado (Fol. 198) y que estando en esta Corporación para desatar el recurso, se declaró el 27 de marzo de 2009 (Fol. 241) la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda (Fol. 245).

Se argumentó como causal de nulidad, la falta de competencia del Tribunal para conocer del asunto, dado que el objeto del litigio lo es una sanción disciplinaria que origina el retiro del servicio, y en tal virtud, el competente para conocer de la legalidad de los fallos que la impusieron es el Consejo de Estado en única instancia.

Como consecuencia de lo anterior, por auto del 24 de julio de 2009 (Fol. 249) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de este auto a la entidad demandada.

Verificada la notificación personal a la entidad del auto que admitió la demanda (Fol. 254), a través de apoderada, contesta oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y argumentando que no existe duda que el actor utilizó la figura de la contratación por interpuesta persona y por esta vía incurrió en la falta gravísima descrita en el artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995, toda vez que ejerció como funcionario público y como socio activo, en detrimento de la selección objetiva y del interés público.

Manifiesta que para el operador disciplinario de segunda instancia, al analizar las pruebas obrantes en el proceso, no le quedó duda alguna de que el disciplinado actuó en el proceso de selección de contratista a pesar de incurrir en una causal de impedimento. Concluye su argumento afirmando que no le asiste la razón al demandante para alegar la supuesta violación al debido proceso toda vez que la decisión de la Procuraduría se basó en la valoración objetiva y razonable de los medios de prueba aportados a la investigación disciplinaria (Fol. 262 a 269).

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, el apoderado del actor presenta escrito de adición y modificación de la demanda (Fol. 271 a 286), que fue resuelto por el despacho del ponente mediante auto del 11 de febrero de 2010 rechazando la adición y modificación de la demanda presentada por Amed Zawady Pupo, Andrés Felipe Zadwady Pupo y Merena Pupo Yohaid por caducidad de la acción; y admitiendo la adición presentada por Amed Zawady Leal (Fol. 288 a 292).

Verificada la notificación personal de la entidad del auto que admitió la adición de la demanda presentada por el actor, nuevamente y a través de apoderada, presenta escrito en el que manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones y se ratifica en el argumento relativo a la existencia de la falta disciplinaria y el respeto del debido proceso y el derecho de defensa (Fol. 301 a 302).

Vencido el término de traslado, por auto del 21 de mayo de 2010 se abrió el proceso a pruebas (Fol. 304) y el 28 de junio de 2010 (Fol. 307) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

ALEGATOS DE CONCLUSION Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Parte demandante. El apoderado del actor manifiesta al folio 318 que los cargos de nulidad atribuidos a los actos demandados mantienen su vigencia. Afirma que se vulnera el principio de tipicidad porque la conducta por la cual se le sancionó no tiene adecuación en la norma invocada como violada, esto es, el artículo 8º numeral 2º literal d) de la Ley 80 de 1993.

Señala que la aplicación de los principios de contratación a un proceso administrativo para seleccionar un socio, no poseen la virtualidad de controvertirlo en proceso contractual, ni conducir a la celebración de un contrato, como pareció entenderlo la Procuraduría.

Dice que, cuando la Procuraduría afirma que no se cumplieron los trámites propios de la contratación directa señalados en los artículos 2 y 3 del Decreto 855 de 1994, cuando sólo se trataba de escoger socios para la creación de una sociedad de economía mixta, y no de celebrar un contrato en consideración a la cuantía, y mucho menos de adquirir la prestación de servicios profesionales o la ejecución de trabajos artísticos o para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, obró especulativamente y por fuera del núcleo prohibitivo de la norma invocada como violada.

Afirma que se desconoció el principio de culpabilidad, porque en el auto de cargos, como actuación intermedia, y a pesar del deber legal que se le imponía a la Procuraduría, no se evaluó la culpabilidad, desconociéndose el derecho de defensa que vicia la restante actuación disciplinaria (Fol. 318 a 320).

La parte demandada Procuraduría General de la Nación. El apoderado de la entidad insiste en que no existen elementos de juicio suficientes para cuestionar la legalidad de las decisiones disciplinarias, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para el ente demandado, el disciplinado y sancionado obró con pleno conocimiento de la causal de impedimento en que estaba incurso, toda vez que al fungir como garante dentro del proceso de contratación, calló su condición de socio de la empresa que participó en el proceso de selección No. 001 de 1996., razón por la cual, considera que no existe excusa válida para eludir responsabilidad. Insiste en que el actor obró por interpuesta persona en detrimento de la selección objetiva e interés público, motivo por el cual era inevitable endilgarle la falta gravísima descrita en el artículo 25 numeral 10 de la Ley disciplinaria vigente para la época de los hechos.

Concepto del Ministerio Público. *El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita denegar las pretensiones de la demanda, porque en su criterio, el accionante estaba legalmente inhabilitado para adelantar la etapa precontractual como contractual en la convocatoria pública No. 001 de 1996, y como servidor público a cuyo cargo se encontraba la dirección del proceso de selección debió velar porque la participación de la sociedad Empresa Colombiana de zonas Francas S.A., se ajustara a las normas legales y debió aplicar las disposiciones vigentes al presentarse las circunstancias descritas en la prohibición legal.*

Destaca que quedo evidenciado que el disciplinado ejercía funciones de dirección, confianza y manejo en la entidad contratante como secretario general y ejerció como alcalde encargado de Santa Marta, por la delegación expresa del alcalde mayor para la gestión, dirección y revisión formal de todo el proceso contractual (Fol. 322 a 328).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. El problema jurídico se contrae en determinar, si la conducta desplegada por el señor Amed Zawady Leal, dentro del proceso precontractual,

Convocatoria No. 001 de 1996, adelantado por la Alcaldía Mayor del Distrito de Santa Marta, corresponde a la adecuación típica formulada por la Procuraduría General de la Nación dentro de la investigación disciplinaria adelantada en su contra y que culminó con su destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de cinco (5) años.

Actos demandados. La demanda se dirige contra los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Comisión Espacial Investigadora y la Procuraduría General de la Nación -Sala Disciplinaria-.

A través de estos actos se define la situación disciplinaria del actor sancionándolo con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por espacio de cinco años:

- **Fallo de primera instancia.** Fue proferido por la Comisión Especial Investigadora de la Procuraduría General de la Nación el 12 de mayo de 2000.

La conducta por la cual se le sancionó al hoy demandante es la de haber realizado el proceso precontractual de la convocatoria No. 001 de 1996, permitiendo la participación, en dicho proceso, de la Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A. "E.P.Z.", no obstante que tenía participación en ella como socio activo, circunstancia, que a juicio del ente investigador, era violatoria del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades.

La anterior conducta la enmarcó el ente investigador, en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995, aduciendo que el investigado desconoció el artículo 8º numeral 2º literal "d" de la Ley 80 de 1993 que prohíbe licitar, concursar y celebrar contratos estatales a

las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como a las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, entre otros, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

Para la Procuraduría, el estudio realizado a los medios probatorios recaudados, le permite establecer, la calidad de socio de la Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A., del señor Amed Zawady Leal, y su participación de manera activa en el proceso licitatorio y en el acto que selecciona a la Empresa Colombiana de zonas Francas A.A., para constituir con el Distrito la Sociedad de Economía Mixta.

Por otra parte y en punto a la culpabilidad, señaló el fallo que de conformidad con el artículo 27 del C.D.U., la naturaleza de la falta es gravísima, como quiera que la acción desplegada por el disciplinado al permitir la participación y la posterior selección y adjudicación a la Empresa Colombiana de Zonas Francas “E.P.Z.” del proyecto licitado, fue voluntaria y teniendo la capacidad de comprender y autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, no lo hizo, y por el contrario permitió la intervención de la Sociedad en la que tenía participación accionaria.

Concluye la Comisión Especial Investigadora que:

“(...) la conducta probada se adecua plenamente a la descripción hecha por el legislador en e numeral 10 del artículo 25 del C.D.U., como falta gravísima y su calificación provisional se confirma en la presente decisión como definitiva, en atención a que el implicado consciente y voluntariamente permitió la participación y la adjudicación a la Empresa Colombiana de Zonas Francas E.P.Z., con pleno conocimiento de que en ella tenía participación accionaria y en consecuencia se hallaba inhabilitado para participar como servidor público que era (...)”. Folios 3 a 69 del cuaderno No. 6.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación.

- **Fallo de segunda instancia.** El 12 de diciembre de 2000, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación emite fallo de segunda instancia confirmando en su integridad la sanción impuesta por la Comisión Especial Investigadora, al señor Amed Zawady Leal para lo cual se precisa:

“(…) La conducta censurada al disciplinado Amed Zawady, esta circunscrita a que en su condición de Secretario General de la Alcaldía de Santa Marta, previa delegación del señor Alcalde Mayor, procedió a realizar el proceso precontractual de la convocatoria No. 001 de 1996, para construir con el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, una sociedad de economía mixta, denominada “Promotora Turística de Pozos Colorados S.A.”, permitiendo la participación de la Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A. “E.P.Z.” no obstante que tenía participación en ella como socio activo y que resultó seleccionada por no haberse presentado más ofertas (…)

En cuanto a la inexistencia de inhabilidad, así como a la falta de adecuación típica de la normatividad citada como infringida, debe precisarse que la norma citada constituye una prohibición legal que debe ser tenida en cuenta por quien dirige la etapa precontractual, como quiera que atañe a la capacidad para que los sujetos privados puedan intervenir en la contratación estatal del estado máxime cuando dicha capacidad surge por la existencia de la participación accionaria directa radicada en la persona Delegada para realizar las etapas precontractuales del proceso (…)

Adviértase que el reproche no está dirigido a que debió impedir que esta se presentara para que, como lo pretende, se desvirtúe argumentando que no era el quien dirigía la sociedad E.P.Z. , sino la omisión en la actitud asumida como servidor público y encargado en ese momento de dirigir parte de la etapa precontractual, es decir, que pese a tener el conocimiento de su participación accionaria dentro de dicha sociedad, continuó ejerciendo tal delegación, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a la situación presentada desconociendo los deberes de los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, cuando la norma citada como infringida prohíbe

la participación en el proceso licitatorio de quienes se encuentren en las circunstancias descritas en dicha norma (Literal d artículo 8º Ley 80 de 1993).

(...) En el asunto examinado el haber intervenido en el Acta de Apertura del Arca, en la que consciente y voluntariamente aprobó la participación de la sociedad E.P.Z., en la que confluuyó como accionista permite la adecuación típica de la conducta. (...)

Respecto al factor subjetivo de intención o culpa con el que actuaron los disciplinados. (...) la prueba documental y testimonial obrante en el informativo permiten inferir que los disciplinados conocían la participación accionaria de los familiares del Doctor Vives Campo y, obviamente, que en dicha sociedad tenía el disciplinado AMED ZAWADY y, no obstante dicho conocimiento su voluntad estuvo dirigida a permitir la participación de la Sociedad Colombiana de Zonas Francas E.P.Z. en esa convocatoria (...). Folios 116 a 117 del cuaderno principal.

De la etapas precedente y concomitante al proceso precontractual, con ocasión de la Convocatoria No. 001 de 1996.

Sobre el particular, advierte la Sala que el 29 de septiembre de 1978 la Corporación Nacional de Turismo adquirió legamente, en el municipio de Santa Marta, el predio denominado Salinas de Pozos Colorados, con vocación turística dada su ubicación (Fol. 364 a 430 de cuaderno No. 3).

Teniendo en cuenta la importancia de que gozaba el referido predio y la posibilidad de que pudiera ser objeto de explotación económica, el Concejo Distrital de Santa Marta lo declaró de interés prioritario dentro del plan de ordenamiento urbano del citado ente territorial (Fol. 364 a 430 de cuaderno No. 3).

Así mismo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Presidente de la República en el Decreto 2131 de 1991, Estatuto de Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios, la Corporación Nacional de Turismo, la Alcaldía de Santa Marta y la

Cámara de Comercio de Santa Marta constituyeron la sociedad operadora de la Zona Franca Turística de Pozos Colorados con el objeto de promocionar, dirigir, administrar y operar la prestación de los servicios de turismo en el predio Salinas de Pozos Colorados (Fol. 364 a 430 de cuaderno No. 3).

El 30 de diciembre de 1993, la sociedad operadora y la Corporación Nacional de Turismo firmaron un convenio para el financiamiento parcial de la adecuación y saneamiento de los terrenos de pozos colorados por \$ 75.000.000.000 de pesos.

No obstante lo anterior, en 1995 se suscitó una controversia en torno a la escogencia de la persona jurídica que tendría a cargo el desarrollo del proyecto de zona franca. Sobre el particular, se advierte que el Gobierno Nacional exigía que dicha escogencia se hiciera mediante licitación pública abierta que incluyera potenciales inversionistas extranjeros y, por su parte, los intereses regionales predicaban por una escogencia directa limitada a inversionistas nacionales.

Teniendo en cuenta la anterior situación, la Alcaldía de Santa Marta mediante Resolución No. 396 de 12 de julio de 1995 decretó a su favor la extinción del dominio que tenía la Corporación Nacional de Turismo sobre el predio denominado Salinas de Pozos Colorados (Fol. 143 a 174, del cuaderno No. 1).

El 27 de mayo de 1996, el Concejo Distrital de Santa Marta, mediante Acuerdo No. 007, autorizó al Alcalde Mayor de dicho ente territorial para que en el término de seis meses licitara y contratara la planeación, financiación, desarrollo y operación de manera integral del complejo turístico Pozos Colorados (fls. 111 a 112, del cuaderno No. 2).

Mediante Resolución No. 360 de 5 de septiembre de 1996, suscrita por el Alcalde Mayor y el Secretario General de Distrito de Santa Marta, se dio apertura a la convocatoria pública para seleccionar *“la persona o personas que en asocio con el Distrito planifique, financie, desarrolle, administre y opere el complejo turístico de Pozos Colorados”* (Fol. 176 a 179, del cuaderno No. 2).

El 19 de noviembre de 1996 el señor Amed Zawady Leal, en su condición de Secretario General de la Alcaldía del Distrito de Santa Marta y, en audiencia pública dispuso el cierre de la convocatoria pública No. 001 de 1996 (Fol. 281 a 283, del cuaderno No. 2).

El 17 de diciembre de 1996 el Alcalde Mayor del Distrito de Santa Marta mediante Resolución No. 551 designó el comité evaluador destinado a asesorar al Distrito en el proceso de negociación con la persona seleccionada dentro de la convocatoria pública No. 001 de 1996, para planear, financiar, desarrollar y operar de manera integral del complejo turístico Pozos Colorados (Fol. 102, del cuaderno No. 3).

El Alcalde Mayor del Distrito de Santa Marta, por Resolución No. 564 de 20 de diciembre de 1996 seleccionó a la Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A. E.P.Z. con el fin de constituir con el Distrito la sociedad de economía mixta denominada Promotora Turística de Pozos Colorados S.A. destinada a la explotación del predio denominado Salinas de Pozos Colorados (Fol. 100 a 101, del cuaderno No. 3).

De la actuación disciplinaria. En relación con este punto dirá la Sala que, la Procuraduría General de la Nación en atención a las distintas quejas que daban cuenta de las supuestas irregularidades registradas en el desarrollo de la Convocatoria No. 001 de 1996, adelantada por la Alcaldía Mayor de Santa Marta, dio

apertura a la investigación disciplinaria con carácter formal, dentro de la cual el 13 de abril de 1999, formuló pliego de cargos en contra del señor Amed Zawady Leal al estimar que en su condición de Secretario General del citado ente territorial permitió la participación de la sociedad Empresa de Zona Francas. S.A. E.P.Z., no obstante que hacía parte de la misma como socio activo, vulnerando en consecuencia el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al desconocer lo preceptuado en el artículo 8, numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del citado pliego de cargos (fls. 126 a 164, del cuaderno No. 6):

“II. AMED ZAWADY LEAL

Usted en su condición de Secretario General de la Alcaldía del Distrito Especial, Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, y previa delegación del Alcalde Mayor Dr. Edgardo Vives Campo, procedió a realizar el proceso precontractual de la convocatoria No. 001 de 1996, para constituir con el Distrito Cultural, Histórico de Santa Marta, la sociedad de economía mixta, denominada PROMOTORA TURISTICA DE POZOS COLORADOS S.A., permitiendo la participación de la Empresa Colombiana de Zona Francas. S.A. EPZ, no obstante que usted tenía participación en ella como socio activo, y la que resultó seleccionada por no haberse presentado más ofertas, conformando a la postre con el Distrito la citada sociedad promotora, siendo usted para entonces servidor público del Distrito Especial de Santa Marta, en el cargo de Secretario General incurriendo con ello en violación del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, por desconocimiento del artículo 8, numeral 2, literal d de la Ley 80 de 1993, como quiera que, como ya se indicó, tenía participación en la Empresa Seleccionada y a la vez cargo público del nivel directivo en el mismo Distrito.

(...)

Por su conducta pudo haber incurrido en desconocimiento de lo normado en el artículo 8 numeral 2, literal d de la Ley 80 de 1993 y en lo preceptuado en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política (...).“

El 12 de mayo de 2000 la Comisión Especial Investigadora, creada por la Procuraduría General de la Nación, para el caso concreto, mediante fallo de primera instancia declaró disciplinariamente responsable al señor Amed Zawady Leal, imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos por el término de cinco años argumentando para tal efecto que, con su intervención en la etapa precontractual de la Convocatoria No. 001 de 1996 desconoció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en especial el previsto en el artículo 8, numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993, toda vez que, en su condición de Secretario General de la Alcaldía de Santa Marta y socio de la Empresa de Zona Francas. S.A. E.P.Z., no podía participar activamente el proceso licitatorio que culminó con la selección de esta última como socio estratégico del Distrito de Santa Marta para la explotación del predio denominado Salinas de Pozos Colorados (fls. 364 a 430, del cuaderno No. 3).

Así se lee en las consideraciones del fallo reseñado:

“Análisis jurídico probatorio:

El anterior cargo encuentra respaldo probatorio en las escrituras No. 051 del 10 de enero de 1995 de constitución de la sociedad Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A., y en las reformas estatutarias de la misma en donde AMED ZAWADY LEAL figura como socio directo en la mencionada sociedad, y en la certificación expedida por la Jefatura de Recursos Humanos del Distrito Especial de Santa Marta en la que se certifica que para la época de los hechos desempeñó el cargo de Secretario General; igualmente en las copias de Acta de cierre de la convocatoria y en el Acta de Apertura de Arca en donde esta claramente demostrada con la firma del disciplinado su participación en esta etapa del proceso licitatorio y en la Resolución No. 564 de diciembre 20 de 1996, por la cual se selecciona a la EPZ para constituir con el Distrito la sociedad de Economía Mixta.

Así las cosas es un hecho probado que usted ocupaba dentro del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta un cargo de Dirección y no obstante procedió a participar activamente en el proceso licitatorio, a

sabiendas de su participación accionaria en la única sociedad que presentaba la propuesta para ser seleccionada como socia del Distrito para desarrollar un complejo turístico de la magnitud de Pozos Colorados y por ende una gran cuantía.

Con su conducta incurrió a no dudarlo en desconocimiento del lo normado en el artículo 8, numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993, y en lo preceptuado en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política.

Adecuación Típica

La conducta descrita en el presente cargo se adecua a la descripción hecha por el legislador en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995 ya que desconoció la prohibición consagrada en el artículo 8 numeral 2, literal d, de la Ley 80 de 1993, como es la de que no podrán participar en licitación ni concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva las corporaciones, asociaciones, fundaciones y la 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 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.”.

Contra la anterior providencia, la parte demandante formuló recurso de apelación el cual fue resuelto por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el 12 de diciembre de 2000, confirmando la decisión de primera instancia, para lo cual reiteró que:

“ (...)El reproche no está dirigido a que debió impedir que esta [Sociedad] se presentara para que, como lo pretende, se desvirtúe argumentando que no era él quien dirigía la Sociedad EPZ., sino a la omisión en la actitud asumida como servidor público y encargado en ese momento de dirigir parte de la etapa precontractual, es decir, que pese a tener el conocimiento de su participación accionaria dentro de dicha sociedad, continuó ejerciendo tal delegación, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a la situación presentada, desconociendo los deberes de los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, cuando la norma citada como infringida prohíbe la participación en el proceso licitatorio de quienes se

encuentren en las circunstancias descritas en el dicha norma (literal d, artículo 8 Ley 80 de 1995 (...)).” (fls. 69 a 123, del cuaderno No. 1)

Análisis de los cargos. Violación de normas constitucionales y legales. Para el actor los fallos sancionatorios deben ser anulados porque desconocen los artículos 29 de la C.P., y el artículo 4 de la Ley 200 de 1995.

El desconocimiento de las anteriores normas constitucionales y legales, lo hace depender el actor de la vulneración del principio de legalidad en cuanto la adecuación típica de la conducta no es la que corresponde. Advierte el demandante que este principio se viola cuando la conducta cuya comisión se le endilga al señor Amed Zawady Leal, a través del auto de cargos, no se adecua a la norma en que el cargo se sustenta, esto es, al artículo 8º numeral 2º literal d de la Ley 80 de 1993, traducida en la configuración de la falta gravísima prevista en el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995.

Afirma el demandante que no tiene adecuación típica porque la aplicación de los principios de contratación a un proceso administrativo para seleccionar un socio, no poseen la virtualidad de convertirlo en proceso contractual. Agrega que la disposición cuyo desconocimiento se atribuyo al disciplinado, hoy demandante, refiere su alcance o núcleo prohibitivo a la sociedad, cuyas actuaciones eran determinadas por sus órganos sociales, mas no por un socio individualmente considerado.

Señala que tampoco se evaluó por parte de la Procuraduría la culpabilidad, a pesar del deber legal que se le imponía en cumplimiento del requisito formal que consagra el numeral 7º del artículo 92 del C.D.U. –Ley 200 de 1995-, desconociéndose así el derecho de defensa y el principio de culpabilidad que, a juicio de actor, vicia de nulidad todas las actuaciones surtidas con posterioridad incluidos los fallos sancionatorios.

Para desatar estos cargos, es relevante también que se haga referencia en este acápite, al argumento central de la Procuraduría General de la Nación y que radica en que a su juicio, la actuación disciplinaria adelanta en contra del señor Amed Zawady Leal “se ciñó a todas las garantías Constitucionales y legales con el único propósito de garantizarle un debido proceso, es así como la parte imputada se enmarco efectivamente en la inhabilidad prevista en el numeral segundo literal d) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual se aplico de manera taxativa”.

Precisó la Procuraduría General de la Nación que, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente no existe duda del actuar consciente del señor Zawady Leal, quien en su condición de Secretario General del Distrito de Santa Marta participó en el proceso de selección de la persona jurídica que junto con el Distrito de Santa Martha debían financiar, desarrollar, administrar y operar el complejo turístico de Pozos Colorados y que culminó con la escogencia de la sociedad Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A. E.P.Z., en la que el hoy demandante tenía la calidad de socio directo, lo que lo hacía estar incurso en una inhabilidad de carácter legal.

Sobre este particular estima la Sala que, el cargo que se imputa al actor en los fallos disciplinarios cuya nulidad se depreca a través del ejercicio de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se fundamentó en que se demostró, de una parte, su participación accionaria dentro de la Empresa Colombiana de Zonas Francas S.A. E.P.Z. , con escritura de constitución No. 051 del 10 de enero de 1995 y, de otra, el ejercicio del cargo de dirección y manejo dentro de la entidad contratante, toda vez que de acuerdo con la certificación expedida por la jefatura de recursos humanos de la alcaldía de Santa Marta, el señor Amed Zawady Leal ostentó la condición de Secretario General del Distrito desde abril 12 de 1996 hasta Marzo 30 de 1997 (fl. 318 del cuaderno No. 3).

De acuerdo con la relación fáctica consignada en el fallo disciplinario de segunda instancia, de 12 de diciembre de 2000, los hechos que dieron origen a la investigación adelantada en contra del demandante, constitutivos, a juicio de la entidad, de falta disciplinaria según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995 en concordancia con el artículo 8º numeral 2 literal d) de la Ley 80 de 1993, tuvieron ocurrencia dentro del mismo período en el que el señor Amed Zawady Leal se encontraba vinculado como servidor público al Distrito de Santa Marta (Fol. 78 a 82 del cuaderno No. 1).

En este mismo sentido, está demostrada la participación del demandante, en su doble condición, dentro del proceso licitatorio al que alude la convocatoria pública No. 001 de 1996 cuyo objeto era el de seleccionar a la persona natural o jurídica para que, en asocio con el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, y bajo la figura de una empresa de economía mixta, del tipo anónima, de régimen privado, adquiriera el predio de propiedad del Distrito y elaborara los estudios, planificara, financiara, desarrollara, administrara y operara de manera integral el complejo Turístico de Pozos Colorados.

Prueba de lo anterior son, entre otros documentos, las actas de cierre de la convocatoria de fecha 19 de noviembre de 1996 presidida por el señor Amed Zawady Leal, de apertura de arca de fecha 10 de diciembre de 1996 y la Resolución No. 564 de diciembre 20 de 1996 por la cual se selecciona a la Empresa de Zona Francas. S.A. E.P.Z., para constituir con el Distrito una Sociedad de Economía Mixta objeto de la convocatoria pública No. 001 de 1996 para constituir con el Distrito Cultural, Turístico e Histórico de Santa Marta, la sociedad de Economía Mixta, denominada Promotora Turística De Pozos Colorados S.A. (Fol. 80, del cuaderno No. 1).

Con fundamento en lo anterior, para la Procuraduría General de la Nación la conducta del señor Amed Zawady Leal se adecua a la descripción hecha por el

legislador en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995 ya que, a su juicio, desconoció la prohibición consagrada en el artículo 8º numeral 2º literal d) de la Ley 80 de 1993, relativa a que no podrán participar en licitaciones, ni concursos, ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva 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 con 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 desempeñe cargos de dirección o manejo.

Sostiene la entidad disciplinaria como argumento central en los fallos cuestionados que del material probatorio que obra en ellos resulta evidente el comportamiento voluntario con el cual actuó el señor Amed Zawady Leal y la consiguiente culpabilidad administrativa ya que, dada la categoría de su cargo y grado de instrucción, tenía capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, es decir, de permitir o no la participación de la sociedad en la que tenía participación accionaria en forma directa. Además conocía de la participación de la sociedad en el proceso licitatorio dado que como Secretario General intervino en la selección de la misma.

En efecto, la conducta censurada al disciplinado Amed Zawady Leal está circunscrita a que en su condición de Secretario General de la Alcaldía de Santa Marta, previa delegación del Alcalde Mayor, procedió a realizar el proceso precontractual de la Convocatoria No. 001 de 1996, para constituir con el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, una sociedad de economía mixta, denominada Promotora Turística de Pozos Colorados S.A., permitiendo la participación de la Empresa Colombiana de Zonas Francas E.P.Z, no obstante que respecto de ella se predicaba su condición como socio activo, empresa que

resultó seleccionada por no haberse presentado más ofertas, conformando con el Distrito la citada sociedad promotora, pese a su condición, para ese entonces, de Secretario General del Distrito Especial, actuación con lo cual según la Procuraduría General de la Nación, incurrió en violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el artículo 8º. Numeral 2º literal d) de la Ley 80 de 1993, como quiera que –se reitera- tenía participación en la empresa seleccionada, y a la vez ejercía cargo directivo en el mismo Distrito. Se argumenta que pese a tener conocimiento de su participación accionaria dentro de la sociedad, continuó ejerciendo la delegación conferida por el alcalde distrital.

En relación con este supuesto debe decir la Sala, en primer lugar, que sobre la materialidad de la conducta no existe duda de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente. No obstante, la controversia que se suscita en el presente debate consiste en establecer si dada la materialidad del hecho, el señor Amed Zawady Leal incurrió en la falta disciplinaria que le atribuye la entidad demandada en el pliego de cargos y con fundamento en la cual se impone la sanción principal de destitución del cargo, y la accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas por cinco (5) años.

Para la Procuraduría General de la Nación, al tipificar la conducta asumida por el demandante, éste incurrió en violación al régimen de inhabilidades por desatender la prohibición prevista en el artículo 8 numeral 2 literal d) de la ley 80 de 1993, vigente para el momento de los hechos y cuyo tenor literal establece:

“(…) ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo [32](#) de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo [33](#) de la misma Ley> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

2o. 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 desempeñe cargos de dirección o manejo. (...).”.

Cabe anotar que la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como lo ha sostenido esta Corporación¹, se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma.

En efecto, el ejercicio indigno del poder, con olvido del interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del poder público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores.

Ahora bien, al tenor de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 200 de 1995, se considera falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos que implique la inobservancia de los deberes, la trasgresión de las prohibiciones, la extralimitación de los derechos y funciones, la

¹CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 21 de abril de 2009, Exp. PI No. 11001-03-15-000-2007-00581-00.

incursión en causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, así como la adecuación de la conducta, a alguno los comportamientos descritos en el artículo 25 ibídem como faltas gravísimas.

En el caso particular, la Procuraduría General de la Nación calificó la falta atribuida al actor como gravísima, al considerar que encuadraba en una de las hipótesis taxativamente previstas por el legislador como falta de tal naturaleza, al tenor del artículo 25, numeral 10, de la Ley 200 de 1995, que describe “Actuar a sabiendas de estar incurso en causal de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses, establecidos en la Constitución o en la Ley”.

En materia del principio de tipicidad disciplinaria la Corte Constitucional ha establecido algunos puntos de contacto, y algunas diferencias importantes, con el mismo principio en el ámbito penal. En cuanto a las segundas, se ha dicho:

“...el principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida es usualmente autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición”².

Bajo este criterio, se tiene que el artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995 no constituye una norma autónoma en cuanto que para su aplicación remite a otras disposiciones que consagran las causales de incompatibilidad, inhabilidad o impedimento.

² Corte Constitucional, Sentencia de 19 de abril de 2001. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 7, 14, y 16 de la ley 358 de 1997, y el artículo 2º del decreto 696 de 1998. C-404-01. Actor: RAMIRO DE JESUS GALLEGU GARCIA. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Es así como en el caso particular del demandante, la Procuraduría General de la Nación reprochó la conducta del actor, pero no en cuanto debió impedir que la sociedad de la cual era socio, se presentara en el proceso licitatorio, sino por la conducta omisiva de dicho servidor público y encargado en ese momento de dirigir parte de la etapa precontractual, y que se concreta en que a pesar de tener conocimiento de su participación accionaria en la sociedad licitante, continuó ejerciendo la delegación y llevando a cabo el proceso licitatorio, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a la situación presentada. Esta circunstancia, a juicio de la Procuraduría, desconoce los deberes de los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley, en cuanto está establecida la prohibición de la participación en el proceso licitatorio de quienes se encuentren en las circunstancias descritas en el literal d, artículo 8º de la Ley 80 de 1995.

En este orden, la Procuraduría estimó que la conducta del disciplinado constituía falta gravísima por violar el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 8 numeral 2 literal d) de la Ley 80 de 1993, al considerar que "...el implicado consciente y voluntariamente permitió la participación y adjudicación a la Empresa Colombiana de Zonas Francas E.P.Z., con pleno conocimiento de que en ella tenía participación accionaria, y en consecuencia se hallaba inhabilitado para participar como servidor público que era" (Fol. 427 cuad. 3).

Para el caso presente, es importante clarificar que a pesar de que la persona jurídica adjudicataria difiere del servidor público, este supuesto normativo le resulta aplicable al servidor que siendo socio de la licitante, no manifiesta su impedimento para continuar ejerciendo la delegación, sino que por el contrario, continúa en este proceso y permite que la sociedad de la cual es socio, participe y finalmente sea la seleccionada para asociarse con el Distrito Turístico y desarrollar el complejo Turístico de Pozos Colorados .

La Sala destaca que hallándose probada la conducta desplegada por el actor y que fuera descrita en los actos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, no cabe duda que se configuró un eventual conflicto de intereses, que atentó contra la moralidad administrativa, en tanto se desconoció el principio de transparencia que orienta el cumplimiento de los deberes de la administración.

De otra parte y frente al argumento del demandante de no adecuarse su comportamiento al precepto que constituyó el fundamento de la sanción, ha de decir la Sala que el ente disciplinario fue claro al establecer que se le sancionaba por el conflicto de intereses que surgía por su participación accionaria en una sociedad que licita con la administración de la cual hace parte el servidor público como directivo, sin que obligatoriamente se deba tratar de un proceso contractual.

La defensa del administrado siempre estuvo dirigida a lograr demostrar que no se presentaba este conflicto y que no se había incurrido en desconocimiento de los deberes que como servidor público le atribuye la Constitución y la Ley, por lo que, no se acepta el argumento relativo a que la adecuación típica errada le está vulnerando sus derechos. Los fallos sancionatorios demandados son coherentes y responden a un criterio garantista de la actividad disciplinaria.

En este punto de la providencia es importante hacer referencia al alcance y contenido del régimen de inhabilidades, para lo cual se hace referencia a la Sentencia C-353 de 20 de mayo de 2009 en la cual la Corte Constitucional sostuvo:

“El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es

irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”.

Así las cosas, si bien a la luz del artículo 38 de la Ley 200 de 1995 constituye falta disciplinaria la incursión en inhabilidades, debe decirse que el argumento de interpretación e integración normativa con la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es pertinente y adecuada a la situación particular del demandante, en tanto la prohibición está dirigida no sólo con al tipo societario que pretende contratar con el Estado sino también al servidor que además ejerce un cargo de dirección en la administración, tal y como acertadamente se concluyó por el ente investigador en los fallos disciplinarios hoy cuestionados, en los que además se efectuó una adecuada integración normativa del artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995.

En efecto, y dado que la inconformidad del demandante se centra en un debate sobre la adecuación típica de una conducta cuya materialidad no está en discusión, procede la Sala a examinar la tipicidad de la inhabilidad contractual prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dicho análisis se efectuará detalladamente tanto desde el punto de vista de la interpretación literal como desde el sentido finalista de la norma en referencia.

Respecto de la literalidad de la norma, que contempla diversas situaciones, la Sala transcribe el texto exclusivamente en lo que se relaciona con la situación fáctica plantada en este caso:

“Art 8º. (...) 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 sociedades (...) *anónimas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo (...) tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo (...)* (Se Subraya)

El demandante interpreta que la norma tiene como destinatario exclusivo a las entidades que aspiran a licitar, concursar o contratar, dado que la redacción de la misma las menciona en el encabezado (en este caso “las sociedades anónimas”), y señala respecto de ellas que no pueden “celebrar contratos estatales”.

Ocurre, sin embargo, como se ha de ver en el texto subrayado, que en verdad, tal restricción tiene un doble sujeto destinatario en el texto de la norma: de una parte “las sociedades” y de otra parte “el servidor público” que tenga participación en dichas sociedades o que desempeñe cargos de dirección o manejo.

En relación con las sociedades, está claro que no pueden “participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad” cuando un servidor público “tenga participación” en dicha sociedad “o desempeñe cargos de dirección o manejo”.

Pero la norma también está dirigida al “servidor público”, que se encuentre “en los niveles directivo, asesor o ejecutivo” pues a él se le prohíbe participar en licitaciones o concursos e intervenir para “celebrar contratos” con sociedades en las que dicho servidor “tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo”.

No obstante, si el anterior análisis literal de la norma no fuera suficiente para concluir que la misma establece una inhabilidad para el servidor público, además

de la sociedad en la que tiene participación, la interpretación sistemática y finalista lleva a la misma conclusión.

En efecto, si es claro que la inhabilidad contractual se predica de la sociedad, lo cual puede tener efectos en su situación como parte licitante, concursante o contratante, ello no excluye sino que confirma que dicha inhabilidad tenga como sujeto también al servidor público que siendo directivo, asesor o ejecutivo, tiene e deber de impedir que dicha sociedad, en la que tiene participación o desempeñe cargo directivo, participe en el proceso contractual.

Para la Sala es claro que interpretar de otra manera esta inhabilidad, constituye una conclusión jurídicamente contraria al sentido ético de las restricciones contractuales que buscan, de una parte, la igualdad de los proponentes frente a las entidades, y de otra, el actuar imparcial, recto y desinteresado de los servidores públicos con capacidad decisoria en estos asuntos.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala concluye que la aplicación indebida de la norma que se alega por el demandante como sustento de la pretensión de nulidad, no tiene vocación de prosperidad y en consecuencia se negarán las pretensiones anulatorias de los fallos disciplinarios.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda interpuesta por Amed Zawady Leal contra la Nación – Procuraduría General de la Nación por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

