

Uso indebido de la información privilegiada en contratación pública en Colombia

Improper use of privileged information in public procurement in Colombia

Laura Franco Mateus 


Corporación Universitaria Remington, Colombia

Sergio Mondragón Duarte 

Corporación Universitaria Remington, Colombia

Sergio Caballero Palomino 

Corporación Universitaria Remington, Colombia

Johan Lozano Parra 

Universidad Libre, Colombia

Correspondencia: : laura.franco@uniremington.edu.co, sergio.mondragon@uniremington.edu.co,
sergio.caballero@uniremington.edu.co, sebaslp2308@gmail.com

RESUMEN. En la contratación estatal en Colombia los desafíos del legislador consisten en evitar y controlar la corrupción en las diferentes entidades de orden nacional, departamental y municipal; por lo anterior, el funcionario público tiene un papel importante en proceder de conformidad a las leyes, decretos y dar cumplimiento a los principios de la contratación. El presente trabajo aborda el estudio del uso indebido de la información privilegiada por parte de los funcionarios públicos con ocasión a su función de contratar con particulares a través de las diferentes modalidades de contratación establecidas por la Ley 80 del 1993, es así que a través de un método inductivo-hermenéutico con enfoque cualitativo se logró determinar la responsabilidad que le asiste a los funcionarios públicos cuando hacen uso indebido de información privilegiada al interior de la contratación pública. Siendo la principal conclusión de este ejercicio académico, que las entidades estatales deben implementar políticas públicas de gobierno corporativo y sensibilizar al funcionario de las consecuencias de las responsabilidades en materia: penal, laboral, disciplinario y civil por sus acciones del uso indebido de información privilegiada en la contratación estatal explicado desde distintas fuentes jurídicas.

Palabras clave: contratación estatal, funcionario público, información privilegiada, uso indebido, responsabilidad.

ABSTRACT. In state contracting in Colombia, the legislator's challenges consist of avoiding and controlling corruption in the different national, departmental and municipal entities; Therefore, the public official has an important role in proceeding in accordance with the laws, decrees and complying with the principles of contracting. The present work deals with the study of the improper use of privileged information by public officials on the occasion of their function of contracting with individuals through the different contracting modalities established by Law 80 of 1993, so that through an inductive-hermeneutical method with a qualitative approach was able to determine the responsibility that public officials attend when they make improper use of privileged information within public contracting. Being the main conclusion of this academic exercise, that the state entities must implement public policies of corporate governance and sensitize the official of the consequences of the responsibilities in matters: criminal, labor, disciplinary and civil for their actions of improper use of privileged information in State contracting explained from different legal sources.

Keywords: public contract, civil servant, privileged information, improper use, responsibility.

Recibido: 02/05/2022 Aceptado: 23/01/2023



1. Introducción.

La presente investigación se centra en la problemática asociada a la responsabilidad que puede generar el uso indebido de la información privilegiada en los procesos contractuales en Colombia, como quiera que el fenómeno de la corrupción dentro de la contratación estatal se puede evidenciar en el desequilibrio que genera el suministro de información de un funcionario de una entidad pública hacia contratistas o terceros que desean verse beneficiados con la obtención de un contrato estatal. En ese sentido, es menester identificar las clases de responsabilidades que enfrenta el funcionario público por hacer un uso indebido de la información en pro de beneficiarse beneficiar a un contratista en detrimento de los principios de la contratación estatal, pues es obligatorio que los ordenadores del gasto cumplan con la normativa que prevé la selección objetiva de contratistas en los procesos de contratación estatal, con apego a los principios constitucionales y legales que los rigen.

En la concreción de lo que se deriva del tema objeto de estudio, se permitirá observar, que prerrogativas son suficientes para demostrar la existencia de responsabilidad por parte del funcionario público ordenador del gasto en lo que concierne al acceso, uso, tratamiento y divulgación de información en beneficio personal o de terceros para lograr inyección de capital inversionista, el propósito de la investigación además de lo anterior radica en que en el entorno socio-jurídico se determinen caracteres que constituyan factores que generen una responsabilidad civil, que se direcciona fuera de los límites normativos que busca orientar su modelos contractuales en las esferas patrimoniales, penales y administrativas del funcionario que obra en perjuicio de las víctimas de la maniobra fraudulenta.

En lo que respecta a la contratación estatal y la responsabilidad de sus intervinientes en Colombia, esta investigación tiene como fin de ir determinando los efectos socio-jurídicos que se presentan en la contratación pública de contratos al momento de adjudicar estos a través de aquellas personas que tienen acceso a esta información privilegiada de la cual hace un mal uso para beneficiar a terceros o así mismos. Buscando entonces la transparencia en la información y comunicación entrante, lo gestionado y los resultados de esta distribución a los diferentes grupos de interés que actúan en las contrataciones públicas. Pues cuando se logra desarrollar responsabilidad entre los actores se da la innovación, transparencia, eficiencia, rentabilidad, competitividad sana, desarrollo sostenible, confianza, reputación y legitimidad.

2. Metodología.

La presente investigación parte de un enfoque cualitativo que hace uso del método inductivo-hermenéutico, para la recolección, análisis e interpretación de fuentes bibliográficas consultadas. En ese sentido, por medio de una revisión documental (Hernández Sampieri, 2014) se hace un análisis de las responsabilidades que le puede acaecer a un funcionario público que suministra información privilegiada a un tercero, en aras de beneficiar a un contratista con el otorgamiento de un proceso de selección de forma poco objetiva, transparente e imparcial, haciendo uso de la desviación del poder.

En ese sentido, el método hermenéutico (Villabella, 2020) que rodea la presente investigación, permite la interpretación de fuentes normativas (constitución, ley, jurisprudencia, doctrina) asociadas al estudio de fuentes teóricas, dogmáticas y epistemológicas con alcance jurídico que conciben el tema del uso indebido de la información privilegiada por parte de los funcionarios públicos con ocasión a su función de contratar con particulares a través de las diferentes modalidades de contratación establecidas por la Ley 80 del 1993. En ese mismo sentido, el método inductivo (Giraldo Ángel, 2002), se concibe como fundamental en la estructuración de esta investigación, en lo que hace referencia a factores de incumplimiento normativo, circunscritos a las fuentes jurídicas, que permitirán partir del análisis de premisas particulares para llegar a conclusiones generales, que conducen a resultados sólidos, específicos y concretos vinculados a realidades sociales para encontrar certidumbre al planteamiento aquí propuesto.

3. Resultados. Conceptualización de la responsabilidad en el marco de los servidores públicos que suministran información privilegiada de forma indebida.

De la responsabilidad. Como cuestión preliminar se debe determinar que se entiende por *responsabilidad*, señalando que la misma y bajo concreción común de varios tratadistas, la definen como la obligación que tiene una persona, ya sea natural o jurídica, de naturaleza pública o privada que ha inferido daño a otra, de reparar dichos perjuicios producidos con la acción o la omisión. Con referencia al concepto de *responsabilidad*, (Alessandri Rodriguez, 1981) expuso que: “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”. Mazeaud y Mazeaud (1960) establecieron, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”. Y Planiol y Ripert (1936) expresaron, “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra”.

Adquiere relevancia en estricto sentido, el nivel de confianza que se deposita en los funcionarios públicos, hecho que se traduce en la obligación personal de este último de actuar con diligencia en el tratamiento, uso y facultad de negociar y que ante su inobservancia e incuria les acarrea una obligación de reparación de perjuicios, de responder en principio en materia civil, administrativa y penal ante los socios, la colectividad y terceros.

Clases de responsabilidad. En nuestro ordenamiento jurídico estudiándolo desde el tema de investigación nos encontramos en cuatro tipos de responsabilidades que se encuentran inversos los funcionarios públicos en los cuales son: Disciplinaria, Administrativa, Penal, Civil y Laboral. Así las cosas, en cada uno de los tipos de responsabilidades existe una infraestructura normativa, entidad sancionatoria, un procedimiento y el resultado de la sanción a imponer es totalmente diferente.



Figura 1. Las diferentes responsabilidades del administrador y funcionario público por el uso indebido de la información privilegiada.

Fuente: Granados (2016).

Lo anterior, expuesto nace la necesidad de incorporarlo en los procesos de contratación estatal en los diferentes entidades públicas de orden nacional, departamental y municipal; buscando erradicar el fenómeno de la corrupción deriva del uso indebido de la información privilegiada en las etapa contractuales con un significativo interesen la etapa precontractual en lo que corresponde en los estudios previos, pliegos y ofertas públicas de los oferentes para que esta manera se pueda ampliar la responsabilidad a todos los contratistas, empleados públicos y funcionarios públicos.

Servidores públicos. Para definir el concepto de servidores públicos es necesario abordar con un estudio de la evolución del concepto “Función Pública” y el servicio civil de carrera en Colombia a partir de la (Constitución Política de Colombia, 1991), y su impacto en el derecho administrativo con el seguimiento del concepto desde la óptica de la administración y la evolución desde las connotaciones del poder público, el análisis normativo y el contraste con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Para cumplir con dichos objetivos se ha implementado una investigación de carácter cualitativo-descriptivo con un enfoque hermenéutico, pues se pretende determinar la evolución del concepto “Función Pública” y el servicio civil de carrera a raíz del surgimiento de la (Constitución Política de Colombia, 1991), y establecer la incidencia de tal evolución en el derecho administrativo colombiano, razón por la cual la presente investigación se circunscribe a Colombia como Estado, estando la recolección jurisprudencial, normativa y teórica determinada por la vigencia de la Carta Política desde 1991 a la actualidad.

Se encuentra entonces que la Constitución en su artículo 113 utiliza el término “función” tanto para identificar las actividades del Estado, como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (C.P., arts. 150, 241 y 277, por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. A su vez el artículo 212 Superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. Finalmente, el artículo 123 constitucional refiere 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 (Constitución Política de Colombia, 1991). 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 función pública con el de prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 (núm. 23) de la (Constitución Política de Colombia, 1991), que asigna al legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia.

En la realización administrativa “(...) el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, la cual se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa” por otra parte, es de resaltar que la función pública, además, ha servido para identificar otra faceta de la administración relacionada con la gestión del talento humano, es decir de las personas que bajo diversas modalidades se encuentran vinculadas al Estado como servidores públicos, ya sea mediante un vínculo laboral como es el caso de los funcionarios y empleados públicos, trabajadores oficiales, o mediante una modalidad indirecta como los trabajadores por administración delegada y los contratistas independientes. A su vez conforman este grupo los miembros de las corporaciones públicas (Congreso de la República, Asambleas Departamentales, Concejos Distritales o Municipales y Juntas Administradoras Locales).

Seguidamente es necesario traer a colación la (Corte Constitucional, 2003) hace mención del concepto de función pública, determinando que: la Constitución hace referencia a las expresiones «función pública» y «funciones públicas» de manera específica en el Capítulo II del Título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de «funciones públicas» por los servidores públicos (Corte Constitucional, 2003).

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como «funciones públicas» la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la

«función administrativa» (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública. Así las cosas, la noción de «función pública» atañen al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (arts. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3) (Corte Constitucional, 2003)

En cuanto a la evolución del concepto función pública a partir de la Constitución de 1991, se hará mención a lo señalado por Cassagne (1998): En la abdicación de la regla de la intervención estatal progresiva y en la afirmación de otros principios jurídicos fundamentales, como son el de la concurrencia al mercado y el de protección de los consumidores y usuarios -en su condición de destinatarios principales de la actuación de un Estado que interviene para arbitrar en los conflictos interindividuales o colectivos-, se encuentra la clave para comprender cabalmente las transformaciones operadas. Este proceso transformador -cuyo eje gira en torno de la Administración Pública y sus funciones- ha cobrado un gran auge en Hispanoamérica (...) En cumplimiento de este objetivo y a través de la instrumentación y ejecución de programas que conducen a realizar la llamada reforma del Estado, se han removido los obstáculos que presentaba la legislación vigente, acudiéndose a derogaciones en bloque, deslegalizaciones y profundas innovaciones normativas (p. 78).

Al respecto, Flórez, Larrote, & Cardona, 2019 consideran que: “(...) la Función Pública es un empleo definido como el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley o el reglamento, que deben ser desempeñadas por una persona natural para atender necesidades permanentes de la administración pública” (p. 14). Seguidamente, estos autores sostienen que “la función pública se entiende como el conjunto de «relaciones laborales entre el Estado y sus servidores» (Flórez, Larrote & Cardona, 2019, p. 159). Algunos constitucionalistas definen la función pública desde la visión del poder a través de las ramas del poder público, acepción que jurídicamente es viable dentro del universo de lo legal, tal como lo indican Zanobini y Regis (1980): “El Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa” (p. 209). Los anteriores autores comparto sus posturas debido que la naturaleza de la función pública se crea con la norma constitucional que es la establece el punto de partida para el funcionamiento del estado y el alcance sus obligaciones como sus funciones.

En relación con el concepto de funcionario público García (1971) señala que “(...) aun aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal y únicamente el cuerpo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejercita directamente” (p. 39). Adicionalmente, la (Constitución Política de Colombia, 1991) así lo prevé en su artículo 113; extrañamente las definiciones de función pública desde lo jurídico no corresponden al objeto social del Estado, como debería suceder utilizando la lógica de la institucionalidad. Un análisis trascendental (desde el idealismo kantiano) de estas definiciones, en relación con lo estipulado por el artículo 113 constitucional, indica que implícitamente el Estado tiene una, o unas funciones, no que la función del Estado sea el poder público, ni menos aún que la función del Estado sean las actividades propias de sus servidores, tal como lo acotan los doctrinantes del Derecho, deducción que trae como consecuencia un cambio en la concepción de la función pública, la que ha de concretarse a través de este trabajo.

Información privilegiada. La información privilegiada es aquella a la cual solo tiene acceso directo ciertas personas (como son administradores en sociedades, corporaciones, fundaciones y funcionarios públicos) debido a su profesión u oficio, la cual por su carácter está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio personal o para un tercero. Por lo tanto, existe una Sanción penal por utilizar indebida de información privilegiada: el artículo 258 del Código Penal señala que. “El que, como empleado, directo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el de obtener provecho para sí o para un

tercero, haga uso indebido de información que allá conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público incurrirá en multa”; es sobre esta disposición que aplica la pregunta de investigación que busca ser encaminada para lograr la consecución de los objetivos.

Así las cosas, los eventos en que confluye el uso indebido de información privilegiada inician su exposición en los siguientes aspectos, cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, proceda así, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios:

- Suministro e información privilegiada a quienes no tienen derecho a acceder de ella.
- Uso de información privilegiada con el fin de obtener provecho propio o de terceros.
- Ocultamiento de información privilegiada maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla solo para sí y, por obtención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficios propios o de terceros.

Igualmente, habrá uso indebido de la información privilegiada, cuando existieron la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se divulgue de manera alguna. Por otra parte, del análisis antes descrito se podría inferir brevemente algunos casos en los cuales no se configura el uso indebido de la información:

- Cuando autorice expresamente el levante de la ley o una orden judicial la reserva.
- Cuando la información se les suministre a las autoridades facultadas para requerirlas previa solicitud, caso en el cual debe tener en cuenta lo expuesto en el artículo 15 de la Constitución Política que consagra que, para efectos tributarios, judiciales y de inspección, vigilancia y control, las autoridades pueden exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados en los términos que señala la ley.

A partir de lo antes expuesto, se encuentra una dificultad en probar la ocurrencia del uso indebido de la información privilegiada de los funcionarios públicos, empleados públicos, contratistas y demás personas que conocen esta información privilegiada que puede generar un desequilibrio con los demás oferentes; circunstancias que la prueba nace necesariamente de las personas implicadas en el delito entre la entidad y el contratista beneficiario de la información; otra circunstancia es que se divulga las pruebas años después de la ejecución del contrato esto hace que exista una injusticia y violación de los principios de la contratación pública en la que el contratista que se postuló que cumple y actúa en el deber ser no pueda acudir a la justicia a tiempo.

Responsabilidad civil. En palabras de Carvajal Castro (2017), aduce que la participación de los administradores en el interior y exterior de la sociedad, representa el deber y compromiso, pues asumir un cargo de tal categoría, amerita la amplitud y el alcance de sus funciones, atendiendo a la manera en que responden ante la sociedad, cuando por culpa o dolo y obrando en el ejercicio de su cargo, algún perjuicio que agreda el moral desarrollo de la sociedad o que vaya en contravía con las expectativas de la misma. Aduce Castro que dicho comportamiento se deberá determinar a través de tres presupuestos de suma importancia como es la conducta, el daño y la relación de causalidad, en otras palabras, son los componentes que establece nuestro código civil para ameritar la responsabilidad de las personas con ocasión a un contrato o por fuera de él.



Figura 2. Responsabilidad civil.

Fuente: elaboración propia.

Conducta. Al estudiar la conducta desde la materia de la responsabilidad civil, se tiene que es todo comportamiento, bien sea activo u omisivo que conduzca a imputar responsabilidad, además que el sujeto que realiza su comportamiento (activo u omisivo) debe tener capacidad para crear un daño, que se puede producir en nuestros actos de día a día. Según (Carvajal Castro, 2017) aduce que en nuestra vida común podemos distinguir que acto involucra nuestra responsabilidad en algunas situaciones particulares, incluso sin estar buscado la consecución de efectos jurídicos, tales efectos surgen y son creadores del daño que, en forma ilícita, se producen en el mundo exterior.

En ese tenor, teniendo la definición de la conducta y aplicándola a la responsabilidad del administrador funcionario público; se puede inferir que en su condición de particular o en el ejercicio de sus actividades, su actuar ya sea activo u omisivo, puede estar incurso en una situación en que se involucre su responsabilidad porque realiza acciones que contravenga las obligaciones derivadas de un contrato con un tercero de la compañía, legales o estatutarias. Para identificar su grado de responsabilidad se debe diferenciar entre la intención de realizar la conducta, por lo que podría ser dolosa o culposa.

Daño. Para que exista responsabilidad civil se necesita además de la conducta culposa, resulta necesario la presencia de un perjuicio que se haya ocasionado un menoscabo de carácter económico o podría ser que esa pérdida recaiga sobre un bien que tenga un valor pecuniario. Cuando un administrador por actos en el ejercicio de su cargo, que ocasione y afecte las utilidades y provecho de los asociados y a los terceros, pueden ostentar la calidad de afectados, debido al comportamiento doloso o culposo del administrador, la ley le concede el derecho a conminarlo para que sufrague los perjuicios causado (Carvajal Castro, 2017). De conformidad con la ley, se establece que el administrador puede ocasionar a través de su gestión en su cargo:

- Perjuicios patrimoniales. Tales como el daño emergente y el lucro cesante, el primero de ellos hace referencia al daño directo, es decir al perjuicio creado, como por ejemplo el pago de una sanción, la pérdida de información de uso exclusivo de la compañía, entre otros; el segundo por su parte, alude al daño que se causa por lo que se deja de percibir, es decir el trastorno que se origina frente a las expectativas que el administrador defrauda, con su comportamiento desviado y opuesto a las prestaciones debidas.

- Perjuicios extra-patrimoniales. Se trata de perjuicios que sólo pueden resarcirse en la medida que ello sea posible, hablamos por ejemplo de daños que afecten el buen nombre de la compañía, la posición en el mercado, etc. Existe posibilidad que el administrador tenga que sufragar los daños moralmente causados a la compañía, esto cuando la sociedad, se halle en condición de inferioridad frente a otras de su mismo mercado o bajo circunstancias que amenacen puntualmente su existencia.

Relación de causalidad. En virtud de lo anteriormente expuesto, la obligación que condiciona al administrador, a reparar los daños y perjuicios ocasionados, trae con ella un nexo causal entre la conducta contraria del administrador y los perjuicios que pudiesen surgir en ejercicio de su cargo. Resulta arduo dar una definición de nexo de causalidad, toda vez que, en materia de derecho de daños, ha sido en realidad, trabajo de otras ciencias, porque han sido teorías y planteamientos de tipo filosófico, físico y científico, los que han ofrecido las bases para la construcción del concepto causal en el ámbito jurídico y en adición a ello, han intentado, además de definirlo, señalar los casos que originan la responsabilidad civil.

Pese a ello, estas teorías no han sido suficientes para dar solución a muchos problemas prácticos, por tanto, la valoración que se haga del nexo causal habrá de observar la posición jurídica o contractual que ostenta el administrador y asimismo la correspondencia que brinda su actuar con el comportamiento que se habría esperado de un administrador diligente. Para un mayor entendimiento de los presupuestos anteriormente expuestos y su impacto en la configuración de la responsabilidad, es pertinente ahondar en las características que profundizan su carácter y contingencia.

Ciertamente, puede existir una responsabilidad civil extracontractual por parte del funcionario y oferente beneficiado de la información privilegiada a favor del oferente mejor postor, que en el caso de existir esta acción ilegal pudo haber accedido a la adjudicación del contrato y tener la compensación por la ejecución del contrato; ahora bien, se requiere en el futuro casos avalados por las Corte, debido que se tipifica los requisitos para tener legitimación en

causa y demandar a través de la acción civil en cobrar el daño emergente y lucro cesante y los demás que puedan probar en el proceso.

Responsabilidad penal. En Colombia, a partir del (Congreso de la Republica, 2000) Código Penal, no se contemplaba el delito de información privilegiada por lo que a partir del artículo 27 de la ley 190 de 1995, adiciona el enunciado código penal, incorporando el artículo 148 A en el que fue publicado en el diario oficial N° 41.878 del 6 de junio de 1995, en el que reza: “Artículo 148-a. Utilización indebida de información privilegiada. El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal.” Para comprender mejor la conducta punible se debe desmembrar el tipo penal de la siguiente manera:



Figura 3. Tipo penal del uso indebido de la información privilegiada.

Fuente: elaboración propia.

Es decir, que en nuestro ordenamiento jurídico para los años de 1995 se sancionaba penalmente aquella persona que con ocasión a su cargo (servidor Público o empleado directivo de una junta o órgano administrativo) use de manera fraudulenta o ilícitamente información con el propósito de aprovechar dicha información para sí o para un tercero, estamos bajo la conducta de ser sancionada y castigada por la ultima ratio como es el penal. Actualmente, con la entrada en vigor de la (Congreso de la República, 2000) Ley 600 del 2000, hoy código penal que se encuentra vigente, la conducta punible de uso indebido de la información privilegiada se encuentra en el artículo 258 C.P. y la modificación implementada por el estatuto anticorrupción la (Senado de la Republica , 2011) ley 1474 del 2011, en el que me permito traer el siguiente paralelo de las normas vigentes:

Ítem	Texto original del artículo 258 C.P.	Estatuto Anticorrupción la ley 1474 del 2011
APLICACIÓN	Delitos cometidos con anterioridad al 12 de julio de 2011	Delitos cometidos con posterioridad al 12 de julio de 2011
SANCIÓN	El texto original del artículo 258 traía como única pena la imposición de multa, sin estar determinados los rangos	Se agrava el delito, consagrando pena de prisión de 1 a 3 años y se definen los rangos de la multa a imponer de 5 a 50 smlv.
NATURALEZA DEL DELITO	Como no contemplaba pena de prisión, en virtud del numeral 1 del artículo 74 de la ley 906 de 2004, era un delito querellable y por lo mismo, desistible	Investigable de oficio, al imponérsele pena de prisión, no se puede desistir
REQUISITOS DE PROCEBILIDAD	Se debía agotar la conciliación como requisito de procedibilidad	Ninguno
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO ART. 306 y PROCEDENCIA ART. 308	<p>Cuando se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia 	<p>Cuando se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia
TIPOS DE MEDIDAS ART. 307.	Existen dos tipos de medidas, las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad. si se cumplen los requisitos del art. 308, en ambos supuestos (texto original y con la modificación de ley 1474 de 2011) se podría imponer medida no privativa de libertad como la prohibición de salir del país o el sometimiento a mecanismo de vigilancia electrónica	Existen dos tipos de medidas, las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad. si se cumplen los requisitos del art. 308, en ambos supuestos (texto original y con la modificación de ley 1474 de 2011) se podría imponer medida no privativa de libertad como la prohibición de salir del país o el sometimiento a mecanismo de vigilancia electrónica
DETENCIÓN PREVENTIVA ART. 313	Al no contar con pena privativa de la libertad, no sería procedente la detención preventiva	No es procedente de conformidad con el artículo 313, pues el mínimo de la pena prevista por la ley para el delito es inferior de cuatro (4) años exigidos para la detención preventiva

Figura 4. Paralelo entre normas vigentes de Código Penal versus Estatuto Anticorrupción.

Fuente: elaboración propia.

Así las cosas, las autoridades pertinentes para administrar la responsabilidad desde ámbito penal es la justicia ordinaria como son los jueces penales (municipales y circuito de acuerdo con la cuantía) y de la mano con la fiscalía general de Nación quien es el que adelanta la investigación para tener solidez jurídica y probatoria para a través de un proceso se imponga una sanción de multa y pena de prisión dependiendo a la fecha de la infracción del tipo penal.

Medidas administrativas para evitar el uso indebido de la información privilegiada en la contratación pública. En Colombia desde que el Estado contemplo la necesidad de crear un estamento normativo para regular la contratación estatal, con principios, etapas procesales, actos varios que se pueden originar en contratos con particulares. Así las cosas, desde que entró en vigor para nadie es un secreto que existe una conducta entre el funcionario públicos y los contratistas (oferente); en donde a través de la información privilegia y acuerdos privados externos entre estos; nos lleva a bordar un tema muy árido que corresponde a la corrupción y los escándalos que se encuentran vinculados particulares y funcionarios de la administración pública.

Por otra parte, el legislador para romper la corrupción estableció un principio muy importante que debe estar visible en todas las etapas contractuales como es la etapa precontractual, contractual y post- contractual que corresponde al principio de transparencia definido en el artículo 24 de la (Congreso de la República, 1993) Ley 80 de 1993, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación, y de manera excepcional en las demás modalidades de selección.

El Principio de Transparencia, preside el procedimiento de selección o escogencia objetiva del contratista, instituido para garantizar el pleno desarrollo de los principios, entre otros de: Imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. Esto implica, que la actividad contractual debe efectuarse de manera imparcial y objetiva, en igualdad de oportunidades y bajo el imperativo de la moralidad pública. De igual forma, bajo el numeral 8 del mismo artículo, prevé que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder, para lo cual se deben ceñir a la ley y a la finalidad del interés público, prohibiendo eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás procedimientos previstos en el presente estatuto. Se establece que la generalidad de la contratación estatal debe hacerse mediante licitación, procedimientos diseñados para contratar con el Estado, de manera que fueren accesibles a toda persona natural o jurídica que se considere con las capacidades necesarias para cumplir con el objeto de un determinado contrato.

Ciertamente, implica que los principios jurídicos, constituyen los pilares que informan y conforman el Derecho que rige las relaciones jurídicas en el Estado, cuyos fundamentos se afirman en el sistema constitucional. En este sentido, (Buj Montero, 2002) considera que el Derecho no es sólo un catálogo de normas positivas, desprendidas de la justicia, motivo por el cual, el juez no sólo se debe limitar a aplicar esas normas solamente con auxilio de la lógica formal y el método deductivo, sino que es necesario que, en cada caso, quien aplica las normas, valore una serie de principios y valores fundamentales que orientan el actuar administrativo.

Lo anterior, en palabras de (Palacio Hincapié, 2010) se define el principio de la siguiente manera: “Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir «aun en los casos de contratación directa o urgencia»”.

Según Martínez (2021) aduce que los funcionarios y particulares deben ceñirse a los principios de transparencia, responsabilidad, economía, ecuación contractual, selección objetiva, buena fe, autonomía de la voluntad, y planeación, contenidos en los artículos 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 respectivamente de la Ley 80 de 1993, que constituyen una especie de cimiento de la Ley que deben asimilar los usuarios de la contratación, y que a su vez están concebidos como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales. En consecuencia, todas las actuaciones de quienes intervengan en la

contratación estatal deben desarrollarse con base en los principios mencionados anteriormente. Otro autor, como Campillo Parra (2004) señala que “el principio de la transparencia en la Contratación, lo entendemos en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori, en forma precisa cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción de la administración”. Refiere este autor que el principio de transparencia se define en la medida que los procedimientos que se establezcan para la selección del contratista sean precisos y concretos.

Por su parte, la (Corte Constitucional, 1999) se ha pronunciado respecto al tema de la siguiente manera: “Por lo que se refiere al principio de transparencia, el artículo 24 del Estatuto, norma parcialmente demandada en esta causa, garantiza la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. Implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Después de lo anterior, se resalta que las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. En virtud del mencionado principio de transparencia, el artículo 24, ahora bajo examen, entre otros requerimientos exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que, como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada (Castellanos, Mendoza y Duy, 2022).

Así las cosas, lo que se busca con el principio de transparencia es evitar la corrupción que se define como: “corrupción” etimológicamente viene del latín *curruptus*, que significa descomposición, podredumbre o desintegración, igualmente, se identifica como el proceso degenerativo de las normas y de los valores que se establecen en la sociedad. La corrupción es definida por (Gómez, 1993) como: “la apropiación privada (indebida) de un bien público”; también otro autor que ha definido la corrupción de manera genérica (Bejarano, 1996) que: “...hay un acto de corrupción cuando una persona lícitamente pone sus interés personal por encima de los intereses generales que está obligado a servir. De hecho, “...la corrupción genera, entre otros efectos, la deslegitimación del Estado, y de la organización política, afecta la eficacia empresarial, hace ineficiente la asignación de recursos públicos y privados y distorsiona las políticas públicas”. De manera que, las entidades públicas para evitar la fuga de información en los procesos de contratación pública deben adoptar e implementar una política de Gobierno Corporativo, principios legales, misión y visión de la entidad, manuales internos, al momento del acceso, uso, tratamiento y divulgación de información en beneficio propio o de terceros para lograr un control veraz en la prevención de este.

4. Consideraciones finales.

A partir de todo lo expuesto se puede decir que el uso indebido uso de la información privilegiada en Colombia en la contratación estatal genera diferentes tipos de responsabilidad, bien sea de orden penal, civil, administrativo e incluso disciplinario, en los funcionarios públicos por usar dicha información en beneficios propio o de un tercero oferente para adjudicarse el contrato y poner en desventaja a los demás oferentes.

Dentro de los tipos de responsabilidades, se observa que la sociedad Colombia debe hacer un mayor uso del delito penal del uso indebido de la información privilegiada en la contratación estatal para regular la fuga de la información; debido que esta acción contribuye con la corrupción que ha marcado la contratación en los últimos años y su fuente es la divulgación de la información para beneficiar al contratista aliado.

Finalmente, es menester que las entidades públicas implementen políticas de Gobierno Corporativo, principios legales, misión y visión de la entidad, manuales internos, como lo hace el sector privado bajo el denominado sistema integrado de gestión en calidad y proceso, el cual permite garantizar más la transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones administrativas, en aras de evitar situaciones irregulares, como es el caso de las filtraciones de información a terceros que puedan alterar la legalidad, objetividad y rectitud dentro de un proceso contractual.

Referencias bibliográficas.

- Alessandri Rodríguez, A. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho privado. Chile: Imprenta Universal.
- Bejarano, J. A. (1996). Estrategias contra la corrupción. Descentralización y corrupción. Colombia: Fescol.
- Buj Montero, M. (2002). Contratos administrativos. Argentina: Editorial AbeledoPerrot.
- Campillo Parra, C. E. (2004). Celebración y ejecución de contratos estatales. Colombia: Panamericana Formas e impresos S.A.
- Carvajal, C. D. (2017). Responsabilidad del administrador. Colombia: Panamericana Formas e impresos S.A.
- Castellanos Herrera, S., Mendoza Tapay, M., & Duy Docón, M. (2022). Motivación: El clímax de la sentencia. Un estudio en la provincia Cañar, cantón Cañar, Ecuador. SUMMA. Revista disciplinaria en ciencias económicas y sociales, 4(1), 1-17. <https://doi.org/10.47666/summa.4.1.08>
- Congreso de la Republica (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Colombia: Gaceta del Congreso.
- Congreso de la Republica (24 de julio de 2000). Código Penal. Ley 599 de 2000. Colombia: Gaceta del Congreso.
- Congreso de la República (24 de julio de 2000). Ley 600 de 2000. Colombia: Gaceta del Congreso.
- Congreso de la República (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Colombia: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional (2 de junio de 1999). Sentencia C-400 de 1999. Colombia: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-563. Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-037. Gaceta Constitucional.
- Flórez, J., Larrote, O., & Cardona, R. (2019). La evolución del concepto de función pública y el servicio civil de carrera en Colombia: análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo. Criterio Libre Jurídico, 15(2), 27-64.
- Galvis, J. F. R., Hernández, Y. G., & Campos, J. A. C. (2020). Indicadores de gestión como herramienta d diagnóstico para pymes. I+D Revista de investigaciones, 15(2), 119-134.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M del P. (2014). Metodología de la Investigación. México: Editorial McGraw-Hill.
- García, J. A. (1971). Tratado de Derecho Administrativo. España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Gómez, H. (1993). La corrupción en Colombia una perspectiva política y gerencial. Colombia: Asociación Colombiana para la Modernización del Estado.
- Martínez, D. (2021). El principio de transparencia en la contratación estatal. Trabajo de grado. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.
- Palacios Hincapié, J. A. (2010). La Contratación de las Entidades Estatales. Colombia: Librería Jurídica Sánchez.
- Senado de la Republica (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011. Colombia: Gaceta del Congreso.
- Villabella, C. (2020). Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones. México: Universidad Nacional Autónoma de México.