



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación interna: 2264

Número único: 11001-03-06-000-2015-00129-00

Referencia: Interpretación y alcance de las inhabilidades, incompatibilidades y sanciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratación estatal, respecto de condenas, medidas e investigaciones en el exterior por actos de corrupción.

El señor Ministro de Hacienda formula diferentes interrogantes a la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con las consecuencias que acarrearían, en los procesos de contratación estatal del Fondo Adaptación, las condenas, medidas de aseguramiento e investigaciones que las autoridades de un país extranjero impusieren o adelantaran, según el caso, en contra de una persona jurídica extranjera, o de las personas naturales que se desempeñen como sus representantes legales, miembros de junta directiva o socios, por la comisión en el extranjero de delitos contra la administración pública, soborno transnacional, o infracciones disciplinarias o fiscales.

En concreto, pregunta si lo anterior podría, de acuerdo con las normas nacionales y con los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia, configurarse como una causal de inhabilidad o incompatibilidad para que la persona jurídica extranjera o la sucursal constituida en Colombia contrate con el Fondo Adaptación, de acuerdo con los siguientes:

I. ANTECEDENTES

En el año 2010 se presentó un desastre natural en todo el territorio nacional, especialmente en las regiones Caribe, Andina y Pacífica, como consecuencia del fenómeno meteorológico denominado La Niña, asociado al cambio climático y a la caída de lluvias torrenciales.

El Fondo Adaptación fue creado para atender los resultados adversos del fenómeno y, entre otras cosas, para gestionar y ejecutar proyectos

tendientes a la recuperación y construcción de infraestructura en las zonas afectadas. La entidad cuenta con personería jurídica, sus recursos son de naturaleza pública, está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y hace parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Decreto 4819 de 2010); el régimen de contratación al cual se encuentra sometido es el derecho privado y tiene la facultad de incluir las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación, modificación y caducidad; está sujeto a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como también al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal (Ley 1753 de 2015, artículo 155; Ley 1753 de 2015, artículo 155; Decreto 1068 de 2015, artículo 2.13.1.1).

Las modalidades de selección aplicables al Fondo Adaptación son (i) invitación abierta: se formula invitación pública cuando el monto de la contratación es igual o superior a 132.000 smmlv; (ii) invitación cerrada: se formula invitación a dos oferentes que cumplan los requerimientos financieros, de organización y experiencia específica cuando el monto sea superior a 1.000 smmlv e inferior a 132.000 smmlv; (iii) contratación directa: opera frente a diferentes supuestos de hecho, entre otros: cuantía igual o inferior a 1.000 smmlv, actividades científicas o tecnológicas, prestación de servicios, consultoría, arrendamiento, comodato, adquisición de inmuebles (Decreto 203 de 2015; Decreto 1068 de 2015, artículo 2.13.1.1; Resolución Interna del Fondo Adaptación 095, artículo 17).

El Fondo Adaptación está llevando a cabo el proceso de Invitación Abierta n.º 001 de 2015 para la construcción de la interconexión vial Yatí-Bodega en el departamento de Bolívar y dentro de los proponentes que se encuentran habilitados aparece la sucursal colombiana de la sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A. En relación con esta sociedad, los medios de comunicación han informado de presuntos casos de corrupción en el exterior que involucrarían la responsabilidad de los administradores, socios y/o apoderados de sus matrices y sucursales en el exterior, así como de la adopción en su contra de *"medidas de aseguramiento (detención preventiva) por el pago de sobornos para obtener beneficios en procesos de contratación con entidades públicas de dichos países"*.

Las normas nacionales prescriben que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos, *"las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional"* y que la inhabilidad *"se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas"* (artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011).

Ahora bien, no solo respecto de las condenas penales se predicán efectos en la contratación estatal, sino también de las medidas de aseguramiento, puesto que cuando el representante legal de una persona jurídica de derecho privado sea sometido a una de tales medidas por su actuación contractual, esta última queda inhabilitada para proponer y celebrar contratos con el Estado por el término de duración de la medida (artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993). En el supuesto caso en el que fuere condenado, la persona jurídica de derecho privado quedará inhabilitada para proponer y contratar con entidades estatales por espacio de diez años, así como también lo estará y por idéntico término, si aquella resultare declarada civilmente responsable (artículo 58, numeral 6 ibídem).

El Estatuto Anticorrupción determina que las personas jurídicas que hayan procurado algún beneficio de los delitos cometidos contra la administración y el patrimonio público, están sometidas a las medidas de suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, las cuales tendrán carácter definitivo cuando se profiera sentencia condenatoria (artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 91 de la Ley 906 de 2004).

Si las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinieren una vez suscrito el contrato estatal, el contratista afectado deberá cederlo a un tercero, previa autorización de la entidad, o renunciar a su ejecución, si no fuere posible. Si la inhabilidad sobreviniere en la etapa de presentación de propuestas, se entenderá que el proponente renuncia a su participación en el proceso (artículo 9 de la Ley 80 de 1993).

Colombia hace parte de diferentes convenciones, convenios y tratados internacionales, que procuran la cooperación de la comunidad internacional en contra de la corrupción. En tal sentido, resulta necesario establecer si la Convención contra el Cohecho Transnacional de la OCDE, en aquellos casos en los que autoridades extranjeras profieren medidas de aseguramiento o condenas en contra de personas tienen la calidad de socios o de representantes legales de sociedades del extranjero, inhabilita a las sociedades en Colombia que pertenezcan a los conglomerados empresariales respectivos para contratar con entidades estatales, de acuerdo con las normas nacionales. Igualmente, se debe precisar si en el marco de esta convención y de la Convención de Lucha contra la Corrupción de las Naciones Unidas, las entidades estatales colombianas pueden pedir cooperación internacional para establecer la existencia de sentencias penales condenatorias o medidas de aseguramiento proferidas por autoridades extranjeras, que pudieran inhabilitar a proponentes o contratistas del Estado.

Habida cuenta de lo expuesto, el señor ministro formuló las siguientes

PREGUNTAS:

1. *¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación, se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que alguna de las conductas descritas sobrevenga durante el desarrollo del proceso de selección antes de la selección de contratista, con posterioridad a la aceptación de la oferta o a la firma del contrato o durante su ejecución? En caso contrario, ¿Explicar cuál sería el régimen aplicable?*
2. *¿Se podría aceptar la oferta a un proponente que en este momento tiene una presunta investigación o una investigación penal en curso en un país extranjero? En el evento de que la respuesta sea negativa, ¿cuáles serían los fundamentos para no aceptar la oferta?*
3. *Siendo el Fondo Adaptación una Entidad Pública con régimen de derecho privado, ¿puede declarar la inhabilidad sobreviniente a un contratista, por un fallo en firme de una Entidad Jurisdiccional Extranjera? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿bajo qué instrumento jurídico se declararía esa inhabilidad, teniendo en cuenta el régimen privado de contratación?*
4. *¿Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?*
5. *¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales avalados por el Estado colombiano, para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?*

II. CONSIDERACIONES

La Sala advierte que la consulta que ahora absuelve está integrada por un contenido similar en unas partes e idéntico en otras, al concepto que rindió el día 10 de agosto de 2015 al Ministerio de Transporte, bajo la referencia 2260, puesto que las preguntas y los problemas jurídicos planteados ahora y entonces guardan congruencia.

Tal como se puede apreciar en las preguntas, la consulta está dirigida a las inhabilidades e incompatibilidades en los procesos de selección y en los contratos que celebre el Fondo Adaptación, de manera que el concepto abarcará el problema jurídico que a continuación se formula, tanto desde la perspectiva de las entidades que están sometidas al régimen comprendido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como desde el punto de vista de las entidades exceptuadas por disposición legal de la aplicación íntegra del mencionado régimen, porque están sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado.

A. Problema jurídico

El problema jurídico principal que se plantea en la consulta hace referencia a cuáles son los efectos que actos de corrupción cometidos en el extranjero por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, producen sobre los procesos de selección que tales personas, sus sucursales, matrices o subsidiarias, adelanten frente a las entidades del Estado colombiano, o sobre los contratos que celebren, bien sea que las entidades se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, tal como es el caso del Fondo Adaptación. Asimismo, el problema jurídico comprende la definición de cuáles son las herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción y sus consecuencias en la contratación estatal, en el contexto de una economía globalizada e integrada.

Por supuesto, se advierte que en este problema jurídico principal están involucrados diversos problemas jurídicos específicos, cuyo análisis permitirá absolver las preguntas formuladas en la consulta.

Con base en lo anterior, la Sala considera necesario estudiar, en su orden, los siguientes aspectos: (i) Ubicación del tema; (ii) Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción; (iii) Principios constitucionales y legales que permiten prevenir la corrupción en la contratación estatal; (iv) Los riesgos previsibles en la contratación: el de

corrupción, uno de ellos y la mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales; (v) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; (vi) Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta; (vii) Consideración final.

B. Ubicación del tema

La globalización¹ ha traído de la mano la cesión de espacios de soberanía al ámbito supra nacional. En tal sentido, así como la economía lícita y formal se ha extendido más allá de las fronteras propias de los Estados, también se han globalizado las manifestaciones delictivas, entre ellas la corrupción. En palabras de FERRAJOLI:

“Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global” o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes corporations multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario”².

En efecto, la corrupción no es un problema local sino que ha asumido la forma de un fenómeno transnacional que produce consecuencias en todas las economías, de donde emerge la cooperación internacional como herramienta indispensable para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de manera eficaz.

En este sentido la corrupción es una de las principales amenazas contra los Estados, toda vez que vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático,

¹ C. MICHALET, *La Mondialisation du Droit - Les Metamorphoses de la Mondialisation, une Approche Economique*, Université de Bourgogne-CNRS, pág. 12, vol. 19, Litec, Paris, 2000. *“...una de las etapas (etapa actual) del desarrollo del fenómeno de la mundialización como parte integrante de la teoría capitalista. Caracterizada por la importancia de la dimensión financiera y la intensificación de los procesos de integración entre las economías nacionales como resultado del aumento de los intercambios comerciales, de los flujos de inversión extranjera directa y de los movimientos de ‘delocalización’ industrial de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI”* (resalta la Sala).

² L. FERRAJOLI, “Criminalidad y globalización”, en *Estudios de Derecho*, Volumen LXV, n.º 145, Universidad de Antioquia, junio de 2008, p. 16-29. El autor manifiesta que la globalización, en tanto que escenario dentro del cual se manifiesta la corrupción, pone de presente “la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización”, lo que implica “un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas.”

de la economía y de los principios constitucionales de la función pública; también la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento³, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad.

Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos, disminuye las tasas de retorno, obstaculiza el comercio internacional, aumenta los precios de los bienes y servicios y reduce su volumen y calidad⁴.

El Documento CONPES 167 de 2013 "*Estrategia nacional de la política pública integral anticorrupción*" entiende la corrupción en el contexto de las instituciones públicas como "*el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos*".

Uno de los campos más vulnerables para la ocurrencia de actos de corrupción es la contratación estatal, como quiera que constituye una de las modalidades más importantes de gestión, que compromete el patrimonio y los recursos públicos.

La confianza en los proponentes y los contratistas del Estado, habida consideración de su condición de colaboradores de la Administración, así como la diligencia y prudencia en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y del interés público que se persigue con la contratación estatal, demanda de la Administración la toma de las medidas necesarias para prevenir, sancionar y conjurar actos de corrupción.

³ J. RINCÓN "Globalización y Derecho Administrativo" en *Quaestiones Iuridicae* 29, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, disponible en http://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/2 "*...la teoría del proper governance (buen gobierno) como política desarrollada por los organismos económicos internacionales que impulsan la globalización, no sólo influye de manera directa en la producción de las políticas públicas de los diferentes estados y lógicamente obliga los mismos a variar por ejemplo, sus niveles de inversión o de endeudamiento, sino que también los obliga a variar sus procedimientos internos en materia de control de la corrupción, de contratación pública*" (resalta la Sala).

⁴ F. CAPARROS, Y N. RODRÍGUEZ (coord.), "*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*", Ratio Legis, Salamanca, 2004. "*La corrupción facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa*".

En tal sentido, la pérdida de la confianza en dichos colaboradores trae aparejada la posibilidad de que se materialicen los riesgos de la actividad contractual estatal, entre otros, el reputacional, el legal y el financiero, que pueden conducir, en últimas, a la afectación negativa de los recursos públicos y de la legitimidad de las instituciones.

En ese orden de ideas, al tratarse de un fenómeno transnacional, existe no solo una conciencia colectiva respecto de los efectos negativos de la corrupción, sino un frente común de los Estados para combatirla, lo que ha dado lugar a un marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción, que la Sala considera pertinente analizar.

C. Marco internacional de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción

En la actualidad el Estado colombiano se encuentra vinculado por al menos tres instrumentos de derecho internacional de lucha contra la corrupción. En efecto, los siguientes tratados se encuentran vigentes a nivel internacional, fueron aprobados por el Congreso de la República mediante ley y declarados exequibles por la Corte Constitucional al surtir la respectiva revisión, por lo cual hacen parte del ordenamiento jurídico interno:

1. Los tratados internacionales de prevención y sanción de la corrupción y su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano

1.1. Ley 412 de 1997, “por la cual se aprueba la ‘Convención Interamericana contra la Corrupción’, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”

Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C – 397 de 1998; su importancia para este concepto radica en que en el artículo VI definió “actos de corrupción” como la realización de cualquiera de las siguientes conductas:

“ARTICULO VI. ACTOS DE CORRUPCION.

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio

de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (...)."

Adicionalmente, los artículos VIII y IX de la Convención disponen que "Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención", y "Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención", respectivamente⁵. (Subraya la Sala).

Así las cosas, ante la existencia de la citada convención, la ley aprobatoria de la misma y la exequibilidad declarada por la Corte Constitucional, es procedente sostener que la locución "actos de corrupción" hace parte del

⁵ El Código Penal Colombiano tipifica en los artículos 327 y 412 los punibles de enriquecimiento ilícito de particulares y del enriquecimiento ilícito, respectivamente, a saber:

"**Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares.** El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

"**Artículo 412. Enriquecimiento ilícito.** Modificado por el art. 29, Ley 1474 de 2011. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses".

ordenamiento jurídico colombiano y tiene plenos efectos prácticos en el derecho interno⁶.

En el anterior contexto, es preciso señalar que el artículo IV de dicha Convención dispone: “*Ámbito. La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte*”.

De esta manera, la prevención y sanción de los “*actos de corrupción*” es un deber de las autoridades públicas colombianas por expresa disposición de la Ley 412 de 1997, en concordancia con los artículos 4, 6, 9 y 121 de la Constitución Política, cuando quiera que dichos actos se cometan o sus efectos se produzcan en Colombia.

1.2. Ley 970 de 2005, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas”

La Ley 970 de 2005 y la Convención de la ONU (en adelante la Convención), fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006⁷, donde advierte que su contenido es análogo a lo previsto en Convención Interamericana contra la Corrupción.

El preámbulo de la Convención de la ONU es plenamente concordante con lo expuesto por la Sala en la “*Ubicación del tema*” de este concepto, toda vez

⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 084 de 2013. La Corte le dio plena aplicación al concepto de corrupción derivado de la Convención al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011, por la supuesta violación de los principios de legalidad y tipicidad, al establecerse una sanción penal por ocultar o encubrir un acto de corrupción. La Corte, luego de citar en sus consideraciones el artículo VI de la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, declaró exequible la disposición demandada y sostuvo: “... el contenido de la expresión ‘*corrupción*,’ se encuentra tanto en la misma Ley 1474 de 2011, como en otras normas de carácter legal que han definido actos de corrupción. Por lo que no se está ante un aspecto oscuro e impreciso que no permita discernir cuál es la conducta reprochada penalmente”. Análogo razonamiento fue realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 434 de 2013 al resolver la demanda contra el parágrafo 2o del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, declarándolo exequible para lo cual acudió a la noción “*actos de corrupción*” señalada en la “Convención Interamericana contra la Corrupción”.

⁷ Indica la Corte Constitucional que: “*Las prácticas de corrupción desde luego son contrarias y nugatorias de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ellas se oponen a la realización efectiva de los mismos y los debilitan al punto de afectar gravemente el interés general. En todos los casos y sin importar la forma en que se mire, la corrupción agrava la desigualdad. Al producir ese efecto, siembra las semillas de tensiones sociales y políticas, amenaza la propia estructura de la sociedad y mina la eficacia del Estado y la legitimidad política de los gobiernos...*”

que pone de presente la preocupación que asiste a los Estados Parte respecto de la corrupción, en su condición de fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías y que exige la cooperación internacional para su prevención y sanción⁸.

Como puede advertirse, la Convención de la ONU está en consonancia con los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 de la Constitución Política y, por lo mismo, tales principios sirven de fundamento para la prevención de los actos de corrupción, en los términos en que se desarrollarán en el capítulo siguiente.

Esto último resulta aún más contundente si se observa que la Convención establece medidas para prevenir los actos de corrupción en el ámbito de colaboración entre el sector público y privado, como lo es la contratación estatal. En efecto, de acuerdo con el artículo 12, numeral 2, literal b, los Estados deben:

"Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado." (Se subraya).

Por consiguiente, la Convención de la ONU promueve la aplicación de controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal para prevenir que esa actividad sirva de vehículo para actos de corrupción⁹.

⁸ Se observa en el preámbulo que los Estados parte han tenido en consideración para efectos de la Convención, entre otros, los siguientes elementos: (i) la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; (ii) los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, y (iii) los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2006: "...el tratamiento de la corrupción resulta incompleto si no incorpora medidas adecuadas y suficientes que garanticen las buenas prácticas de las empresas que interactúan permanentemente en la actividad estatal. La experiencia demuestra que distintos escenarios de la **función pública**, como es el caso de la **contratación**, resultan con frecuencia relacionados con actos de corrupción ocasionados, la mayoría de las veces, por la **ausencia de controles** efectivos a la actuación de los particulares que concurren en tales procesos. En consecuencia, las previsiones de la

Para la Sala es claro que los mecanismos que señala la Convención, en concordancia con los principios constitucionales de la función administrativa, permiten a las entidades estatales acudir, entre otros instrumentos, a solicitar y suscribir "*compromisos de integridad*", con el fin de que tales proponentes o contratistas, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados declaren formalmente que no se encuentran comprometidos ni se involucrarán en actos de corrupción. En la misma línea se encuentra la exigencia de "*declaraciones de origen de fondos*", para prevenir que recursos de origen ilícito apalanquen la ejecución de los contratos estatales, aspectos sobre los cuales volverá la Sala más adelante.

Ejemplo concreto de la correspondencia entre los instrumentos previstos en el derecho interno y la Convención de la ONU, lo constituye el artículo 34 de esta última:

"Artículo 34

Consecuencias de los actos de corrupción

*Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a **anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva**" (Resalta la Sala).*

De acuerdo con la anterior disposición recuerda la Sala que el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007¹⁰ permite la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "*medios ilegales*", por lo que de conformidad la norma transcrita, podrá sostenerse que los "*actos de corrupción*" se enmarcan dentro de la noción de "*medios ilegales*" y, por lo mismo, la entidad estatal estará facultada para proceder con la mencionada revocatoria.

Si bien aspectos como los indicados en precedencia sustentan determinaciones para prevenir la corrupción que van aparejadas con el derecho interno, no es menos cierto que en otros ámbitos la Convención de la ONU defiere al derecho interno aspectos tales como la determinación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por su participación

*Convención que introducen la posibilidad que los Estados Parte incorporen en sus legislaciones mecanismos de control contable, **códigos de buenas prácticas comerciales y transparencia en el manejo de la información** están en plena armonía con los principios que gobiernan el ejercicio de la función administrativa". (Se resalta).*

¹⁰ "*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*".

en delitos tipificados en la citada convención (artículo 26), así como el establecimiento de inhabilidades por dicha responsabilidad (artículo 30, numeral 7).

1.3. Ley 1573 de 2012, “por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”

El citado instrumento, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-944 de 2012, enfatiza en la tipificación y sanción penal del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros y defiere al derecho interno la responsabilidad de personas jurídicas y la correspondiente sanción penal, así como la posibilidad de imponer sanciones monetarias, civiles o administrativas (artículos 2 y 3).

En parte alguna de la convención se establece directamente inhabilidad para contratistas del Estado por su participación en el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, y por lo mismo, tal aspecto queda igualmente deferido al derecho interno.

Ahora, la citada Convención contra el Cohecho, al igual que los instrumentos analizados en precedencia, sí establece mecanismos de cooperación internacional, como se verá enseguida.

2. La colaboración internacional en la lucha contra la corrupción: mecanismos específicos de solicitud de información y pruebas, y medios tradicionales del derecho interno de los países

La cooperación de los diferentes países se impone como instrumento clave para la prevención y sanción de la corrupción transnacional. Al respecto obran instrumentos de naturaleza internacional y de creación específica que persiguen esa finalidad, así como otros que se ubican tradicionalmente en el derecho interno de las naciones y que a pesar de no estar diseñados para enfrentar la corrupción como tarea exclusiva, en función de las circunstancias precisas del caso, pueden constituir un elemento eficaz para actuar en su contra, tal como es el caso de la validez de sentencias extranjeras en Colombia y el exequatur.

2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción

Fundamentalmente se aprecian tres disposiciones que permiten la cooperación entre los Estados parte de la convención, a saber:

“ARTICULO XIV. ASISTENCIA Y COOPERACION.

Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

Así mismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción”.

Aunque en principio la norma parece establecer que son las autoridades de investigación y juzgamiento penal las encargadas de solicitar o tramitar las solicitudes de cooperación, el artículo XVIII de la Convención señala:

“ARTICULO XVIII. AUTORIDADES CENTRALES.

Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.

Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.

Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención”.

Se evidencia con la norma transcrita que es el Estado parte el que, a su juicio, deberá designar “*las autoridades centrales*” que formularán y recibirán las solicitudes de asistencia y cooperación para la lucha contra la corrupción, sin que tales autoridades estén limitadas a las de investigación y juzgamiento penal.

En este sentido la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como “*autoridad central*” para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

Ahora, frente a la solicitud de antecedentes disciplinarios o fiscales por actos de corrupción la Convención guarda silencio, pero no descarta la Sala que dentro del contexto de que los Estados parte “*se prestarán la más amplia asistencia recíproca*” y la aplicación del principio de buena fe, fundante de las

relaciones internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la autoridad central Colombiana pueda requerir dicha información.

2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención tiene un capítulo específico sobre cooperación internacional compuesto por 8 artículos. La Sala destaca que, en principio, dichas disposiciones están referidas a la investigación y sanción de los delitos tipificados como actos de corrupción, facilitando la cooperación entre las autoridades competentes, en particular a través de la asistencia judicial recíproca prevista en el artículo 46 de la Convención. No obstante, se estima que el capítulo sobre cooperación internacional no descarta que esta pueda darse entre autoridades diferentes a las de investigación y juzgamiento penal, con base en las siguientes normas:

"CAPITULO IV

Cooperación internacional

Artículo 43

Cooperación internacional

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción".

La norma transcrita permite que dentro del contexto de la cooperación internacional contemplada en la Convención de la ONU, dicha cooperación también se preste para investigaciones y procedimientos administrativos, como sería conocer la información de proponentes o contratistas que participen en un proceso de selección, o hayan celebrado un contrato estatal, respectivamente. Igualmente, dada la naturaleza administrativa de las sanciones fiscal y disciplinaria, la Sala estima que podrá requerirse antecedentes en la materia a los Estados parte.

Respalda el anterior criterio el artículo 48 de la Convención que es del siguiente tenor:

"Artículo 48

Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a

combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para:

(...)

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención”

Como puede observarse la cooperación no está limitada a aspectos penales sino que también debe darse para la adopción de medidas administrativas. No obstante, lo que sí resulta indispensable es que dicha solicitud de cooperación se tramite por la “*autoridad central encargada*”, en los términos del numeral 13 del artículo 46 de la Convención.

Destaca la Sala el artículo 41 de la Convención de la ONU que es del siguiente tenor:

“Artículo 41

Antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Si bien está relacionada con actuaciones penales, lo cierto es que la sentencia condenatoria proferida por un Estado parte en relación con actos de corrupción tipificados en dicha Convención puede ser tenida en cuenta por otro Estado parte, para lo cual se debe acudir a los mecanismos de cooperación señalados en la Convención.

2.3. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Dispone la citada Convención lo siguiente:

“Artículo 9

Ayuda Jurídica Recíproca

1. En el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investigaciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención; y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral. La Parte requerida deberá informar sin demora a la Parte requirente sobre cualquier información o documentos

adicionales necesarios para respaldar la petición de ayuda y, cuando así lo solicite, sobre la situación y resultado de la petición de ayuda”.

Como puede apreciarse, la Convención contra el Cohecho establece una regla de cooperación más amplia que los instrumentos internacionales señalados en precedencia, si se tiene en consideración que la norma transcrita dispone de una *“asistencia jurídica”*, lo que en términos materiales y orgánicos resulta más amplio que una *“asistencia judicial”*, delimitada a esa clase de autoridades.

Igualmente se precisa de manera expresa que la asistencia se puede dar para actuaciones *“no penales”*, lo que indiscutiblemente incluye a las actuaciones administrativas contractuales, a las disciplinarias y a las fiscales.

Por su parte, el artículo 11 dispone:

“Artículo 11

Autoridades Responsables

Para los fines del párrafo 3° del Artículo 4°, sobre consultas; del Artículo 9°, sobre asistencia jurídica recíproca y del Artículo 10, sobre extradición; cada Parte deberá notificar al Secretario General de la OCDE quién es o quiénes son las autoridades responsables de la preparación y recepción de solicitudes, que servirán como vía de comunicación para dichos asuntos de esa Parte, sin perjuicio de otros acuerdos entre las Partes”

Para la eficacia y eficiencia de la solicitud de asistencia jurídica prevista en la Convención contra el Cohecho de la OCDE, la Sala sugiere al ministerio consultante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la entidad u organismo nacional que funge como *“autoridad responsable”* para los fines de dicha convención y canalizar por esa vía las solicitudes de asistencia o cooperación internacional.

2.4. Acuerdos de asistencia judicial recíproca suscritos por Colombia

Además de lo explicado sobre cooperación judicial internacional, es preciso manifestar que Colombia ha suscrito acuerdos de asistencia judicial recíproca con varios países, entre ellos Brasil y Panamá.

2.4.1. Brasil

La Ley 512 de 1999 aprobó el *“Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en materia penal entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil, suscrito en Cartagena de Indias el siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997)”*; dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 324

de 2000.

El alcance de la asistencia está previsto fundamentalmente para la materia penal y comprende, entre otras actuaciones, *"la entrega de documentos y otros objetos de prueba"*, así como *"cualquier otra forma de asistencia de conformidad con los fines de este Acuerdo siempre y cuando no sea incompatible con las leyes del Estado Requerido"* (artículo 2)¹¹. La Sala resalta que en el marco de tales actuaciones es posible solicitar las providencias proferidas por las autoridades competentes de cada país.

De manera similar a los instrumentos internacionales, el Acuerdo con Brasil establece unas autoridades centrales para atender y presentar los requerimientos. En Colombia, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho son las autoridades centrales que pueden presentar ante el Ministerio de Justicia de Brasil, las solicitudes de asistencia judicial (artículo 3)¹².

De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales contratantes que requieran información proveniente de autoridades judiciales brasileñas podrán acudir a la Fiscalía General de la Nación o al Ministerio de Justicia y

¹¹ *"Artículo 2o. Alcance de la asistencia. La asistencia comprenderá:*

- a) Notificación de actos procesales;*
- b) Recepción y producción o práctica de pruebas, tales como testimonios y declaraciones, peritajes e inspecciones de personas, bienes y lugares;*
- c) Localización e identificación de personas;*
- d) Notificación de personas y peritos para comparecer voluntariamente a fin de prestar declaración o testimonio en la Parte Requirente;*
- e) Traslado de personas detenidas a efectos de comparecer como testigos en la Parte Requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, de conformidad con el presente acuerdo;*
- f) Medidas cautelares sobre bienes;*
- g) Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes, incluyendo la eventual transferencia del valor de los bienes decomisados de manera definitiva;*
- h) Entrega de documentos y otros objetos de prueba;*
- i) Embargo y secuestro de bienes para efectos de cumplimiento de indemnizaciones y multas impuestas por sentencia judicial de carácter penal;*
- j) Cualquier otra forma de asistencia de conformidad con los fines de este Acuerdo siempre y cuando no sea incompatible con las leyes del Estado Requerido".*

¹² *"Artículo 3. Autoridades centrales. 1. Cada una de las Partes designará una Autoridad Central encargada de presentar y recibir las solicitudes que constituyen el objeto del presente Acuerdo. 2. A este fin las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas y remitirán las solicitudes a sus Autoridades Competentes. 3. Con relación a las solicitudes de asistencia enviadas a Colombia, la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación; con relación a las solicitudes de asistencia judicial hechas por Colombia la Autoridad Central será la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho. La Autoridad Central para la República Federativa de Brasil es el Ministerio de Justicia".*

del Derecho para que, en su condición de autoridades centrales, procedan ante la autoridad central del Brasil con el trámite correspondiente.

La asistencia prevista en el Acuerdo con Brasil subsiste y se complementa con la Convención Interamericana contra la Corrupción y las Convenciones de la ONU y contra el Cohecho de la OCDE, en los términos que han sido expuestos en este concepto por expresa disposición del artículo 23 de dicho Acuerdo¹³.

2.4.2. Panamá

La Ley 450 de 1998, *“Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo sobre asistencia legal y cooperación judicial mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá, hecho en la ciudad de Panamá el diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)”*, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 253 de 1999.

El objeto del Acuerdo comprende, fundamentalmente, la materia penal, en torno a la cual las partes asumen los compromisos de *“prestarse asistencia legal y judicial en forma recíproca”* y de *“brindarse la mayor colaboración en materia de expulsión, deportación y entrega de extranjeros perseguidos por la justicia que se encuentren irregularmente en la zona fronteriza de los Estados Parte”* (artículo 1). En concreto, la aplicación y alcance de la asistencia comprenderá, entre otros actos *“a) Práctica y remisión de las pruebas y diligencias judiciales solicitadas; b) Remisión de documentos e informaciones de conformidad con los términos y condiciones del presente acuerdo... h) Cualquier otra asistencia acordada entre las Partes”* (artículo 2)¹⁴.

¹³ *“Artículo 23. Compatibilidad con otros tratados, acuerdo u otras formas de cooperación. 1. La asistencia establecida en el presente acuerdo no impedirá que cada una de las Partes preste asistencia a la otra al amparo de lo previsto en otros instrumentos internacionales vigentes entre ellas. 2. Este acuerdo no impedirá a las Partes la posibilidad de desarrollar otras formas de cooperación de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos. El presente acuerdo entrará en vigor a partir de la fecha en que las Partes realicen el canje de los instrumentos de ratificación”*.

¹⁴ *“Artículo 2º. Aplicación y alcance de la asistencia. 1. Las Partes se prestarán asistencia mutua en intercambio de información y pruebas, investigaciones, juzgamientos y actuaciones en materia penal. Dicha asistencia comprenderá entre otros, los siguientes actos: a) Práctica y remisión de las pruebas y diligencias judiciales solicitadas; b) Remisión de documentos e informaciones de conformidad con los términos y condiciones del presente acuerdo; c) Notificación de providencias, autos y sentencias; d) Localización y traslado voluntario de personas para los efectos del presente acuerdo, en calidad de testigos o peritos; e) Proceder a la ejecución de órdenes judiciales que versen sobre inmovilización y decomiso de bienes, productos e instrumentos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su*

La Sala hace énfasis en que cualquiera de los Estados pueden solicitar providencias judiciales expedidas por parte de las autoridades correspondientes del otro Estado, en tanto que la norma alude expresamente hace referencia a la remisión de pruebas, diligencias judiciales, documentos e informaciones y a la prestación de cualquier otra asistencia.

El Acuerdo con la República de Panamá establece que la autoridad central en Colombia para efectuar los requerimientos de asistencia es la Fiscalía General de la Nación (artículo 4)¹⁵, razón por la cual si una entidad estatal contratante requiere información sobre procesos judiciales en Panamá, habrá de acudir a la Fiscalía General de la Nación para el efecto.

Ahora, lo dicho por la Sala en los acápites correspondientes a la cooperación internacional basada en las convenciones internacionales en que Colombia es parte, no se modifica con el acuerdo firmado con la República de Panamá respecto de la colaboración entre estos países, puesto que *"la asistencia y los trámites previstos en el presente acuerdo no tienen la intención de impedir que cualquiera de las Partes asista a la otra de conformidad con las disposiciones de otros acuerdos internacionales de los cuales sean Parte o de su legislación interna"* (artículo 17).

De esta manera es claro que la asistencia prevista en el Acuerdo con Panamá, subsiste y se complementa con la Convención Interamericana contra la Corrupción y las Convenciones de la ONU y contra el Cohecho de la OCDE, en los términos que han sido expuestos en este concepto.

ejecución, de conformidad con el ordenamiento interno del Estado Requerido; f) El Estado Requerido hará una consideración especial para decidir con el Estado Requirente la forma como se repartirá tanto los bienes objeto del decomiso como, de ser el caso, el producto de su venta, entre las dos Partes. Lo anterior, teniendo en cuenta el grado de colaboración aportado, así como la información suministrada; g) Facilitar el ingreso y permitir la libertad de movilidad interna en el territorio del Estado Requerido a funcionarios del Estado Requirente, previa autorización de las autoridades competentes del Estado Requerido, con el fin de asistir a la práctica de las actuaciones descritas en el presente acuerdo, siempre que el ordenamiento interno del Estado Requerido así lo permita; h) Cualquier otra asistencia acordada entre las Partes".

¹⁵ "Artículo 4º. Autoridades centrales.- Los requerimientos de asistencia en virtud de este acuerdo se efectuarán a través de las autoridades centrales competentes, tal como se indica en el presente enunciado: 1. Por la República de Panamá la autoridad central será el Ministerio de Gobierno y de Justicia. 2. a) Por la República de Colombia la autoridad central competente será la Fiscalía General de la Nación; b) Para los procedimientos relativos a la inmovilización de activos, decomiso de bienes y efectos producto de actividades ilícitas o vinculadas a dichas actividades, que se realicen como resultado del presente acuerdo, la Fiscalía General de la Nación informará de tales requerimientos al Ministro de Justicia y del Derecho"

2.5. Mecanismos de colaboración internacional que tradicionalmente se encuentran incorporados en el derecho interno de los países. Exequatur

En atención al principio de territorialidad, la ejecución de las sentencias que se profieren en un país por parte de sus autoridades judiciales debe tener lugar dentro de sus fronteras. No obstante, tanto en materia civil como penal, la institución jurídica en virtud de la cual se ha instrumentado, tradicionalmente, la ejecución de sentencias dentro de la jurisdicción de un país ajeno al de las autoridades judiciales que las profirieron, recibe el nombre de exequatur¹⁶.

La Corte Constitucional ha indicado, desde un punto de vista general, que el reconocimiento y ejecución de las providencias extranjeras obedece a distintas teorías: *"la noción de comity o cortesía internacional, el respeto a los derechos adquiridos en virtud de sentencia judicial, el valor internacional de la justicia"*¹⁷; y ha fijado el sustento constitucional nacional para el efecto en los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política, referidos a la internacionalización e integración de las relaciones de Colombia.

La Ley 906 de 2004 (el Código de Procedimiento Penal), a diferencia de la Ley 600 de 2000¹⁸ y Decreto 2700 de 1991¹⁹, no utiliza expresamente el término exequatur, pero dispone en tal sentido que: *"Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las*

¹⁶ En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 410 de 1970) y en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se dispone que *"las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter"*, pronunciadas por autoridades extranjeras "en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia" (artículo 693 y artículo 605, respectivamente). Los requisitos para que tales providencias civiles surtan efecto en Colombia, se encuentran relacionados de manera expresa (artículos 694 y 606), y en particular, se describe el exequatur como el trámite que se debe adelantar frente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante demanda presentada por el interesado en la causa (artículo 695 y 607).

¹⁷ Corte Constitucional, C-716-1996.

¹⁸ "Artículo 497. Exequatur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de la capital de la República.

¹⁹ "Artículo 535. Exequatur. La solicitud de ejecución se remitirá por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá si la sentencia es ejecutable de acuerdo con los tratados internacionales o con las disposiciones de este capítulo. Cumplido este estudio enviará la actuación a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad".

respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática" (artículo 515). En relación con los requisitos y trámite sobre el particular:

"Artículo 516. Requisitos. Para que la sentencia extranjera pueda ser ejecutada en nuestro país deben cumplirse como mínimo los siguientes requisitos: 1. Que no se oponga a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República. 2. Que la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero. 3. Que en Colombia no se haya formulado acusación, ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1 del artículo 16 del Código Penal. 4. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.

Artículo 517. Trámite. La solicitud deberá ser tramitada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá sobre la ejecución de la sentencia extranjera. No se hará nuevo juzgamiento en Colombia, excepto lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal".

Las normas referidas constituyen el aspecto procedimental para lograr la ejecución en Colombia de una sentencia extranjera, en relación con la cual el artículo 17 del Código Penal, Ley 599 de 2000, prescribe: "La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales".

La Corte Constitucional ha indicado que la ejecución de una sentencia extranjera en Colombia persigue el cumplimiento de la pena en nuestro país y el traslado de los condenados, de acuerdo con una política de intercambio de presos e, inclusive, por razones humanitarias, en tanto que:

"La ejecución de la sentencia extranjera en Colombia y su relación evidente con los extranjeros o con nacionales colombianos por adopción o con nacionales colombianos por nacimiento privados de la libertad o capturados en el exterior y que resulten condenados, supone un especial trámite garantizador de los derechos fundamentales y de la noción de Debido Proceso Penal que vincula a los más altos órganos e instituciones de los poderes ejecutivo y jurisdiccional denominado exequátur."²⁰

Dentro del marco de la consulta formulada, en la cual se hace referencia a la viabilidad jurídica de invocar las providencias judiciales proferidas por

²⁰ Corte Constitucional, C-541 de 1992.

autoridades extranjeras en contra de personas naturales, que tengan la condición de socios o representantes legales de compañías que obren como proponentes o contratistas en Colombia, para efectos de configurar las inhabilidades o incompatibilidades correspondientes, la Sala concluye que el exequatur no es el procedimiento indicado.

Es decir, si lo que se pretende es hacer cumplir la condena en Colombia a la persona natural extranjera o al nacional colombiano que ha delinquido por fuera del país, pues procederá el exequatur. Pero si lo que se busca es obtener documentos, datos o información respecto de eventuales condenas o medidas de aseguramiento proferidas por autoridades judiciales de otros países, que pudieran tener efecto en relación con proponentes o contratistas en Colombia para configurar inhabilidades o incompatibilidades, no será el exequatur el trámite idóneo.

Adelanta la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en una decisión reciente, concluyó que no se exige el trámite del exequatur para efectos de configurar en Colombia la causal de inhabilidad consistente en que el representante legal de un proponente o contratista haya sido condenado en el extranjero por el delito de narcotráfico, *“por cuanto no se trata de ejecutar en Colombia una sentencia judicial proferida en el extranjero sino, simplemente, de demostrar el hecho de que X X había sido condenado a una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína”*²¹. Este punto será materia de análisis posteriormente.

Así, en lugar del exequatur, las medidas conducentes serán las de cooperación, comprendidas en los instrumentos internacionales a los cuales ha hecho referencia este concepto con anterioridad, y las que se encuentran dispuestas en materia probatoria en el derecho interno colombiano.

En tal sentido, es necesario considerar que la Ley 80 de 1993, bajo el título de *“normatividad aplicable en las actuaciones administrativas”*, indica que en las actuaciones contractuales se aplicarán las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, en tanto que sean compatibles con la contratación estatal y, en subsidio, se aplicarán las normas procesales civiles (artículo 77).

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

Congruente con esta disposición, el CPACA, precisa que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, *“se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas”* (artículo 2).

En materia probatoria, el CPACA define que *“serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”*, los cuales en el curso de la actuación administrativa podrán ser aportados, pedidos y practicados *“de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales”*, para su posterior estudio y contradicción (artículo 40).

De acuerdo con lo anterior, con el propósito de determinar el fundamento legal con base en el cual las entidades estatales colombianas, en el curso de un proceso de selección para la contratación estatal, podrán solicitar las providencias judiciales dictadas en el exterior que pudieran tener efecto en Colombia para inhabilitar a los proponentes o contratistas, es necesario analizar lo que disponen sobre el asunto el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

En primer lugar, las condenas y medidas de aseguramiento emitidas por autoridades judiciales extranjeras tienen la naturaleza de documento público, puesto que, de conformidad con su definición legal, *“documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención”* (artículo 251, CPC).

El Código de Procedimiento Civil contiene normas en las cuales reconoce validez a los documentos públicos otorgados en el extranjero por funcionario extranjero o con su intervención, en tanto que se cumpla con el procedimiento de autenticación por parte del cónsul o agente diplomático nacional, cuya firma habrá de abonarse por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia²²; también indica los requisitos para apreciar como

²² *“Artículo 259.- Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 118.- Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de*

prueba documentos que hayan sido expedidos en idioma diferente al castellano²³.

Al respecto es indispensable considerar que Colombia hace parte de la "Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961", comúnmente denominada "apostilla", la cual fue incorporada al derecho interno en virtud de lo dispuesto en la Ley 455 de 1998²⁴, en cuyo texto se observa, entre otras disposiciones, las siguientes:

"Artículo 1. La presente Convención se aplicará a documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante. Los siguientes son considerados como documentos públicos a efectos de la presente Convención: a) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; b) documentos administrativos; c) Actos notariales; d) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas..."

Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano."

"Artículo 262.- Certificaciones.- Tienen el carácter de documentos públicos: 1. Las certificaciones que expidan los jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 116. 2. Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos. 3. Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley".

"Artículo 116.- Modificado Ley 1395 de 2010, artículo 8. Certificaciones. Los secretarios de los despachos judiciales pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, el estado de los mismos y la ejecutoria de providencias sin necesidad de auto que las ordene. El juez expedirá certificaciones sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita; también en los demás casos autorizados por la ley".

²³ *"Artículo 260.- Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 119. Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos expedidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente."*

²⁴ El tratado y la ley fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-164 de 1999.

"Artículo 2. Cada Estado Contratante eximirá de legalización los documentos a los que se aplica la presente Convención y que han de ser presentados en su territorio. A efectos de la presente Convención, la legalización significa únicamente el trámite mediante el cual los agentes diplomáticos o consulares del país en donde el documento ha de ser presentado certifican la autenticidad de la firma, a qué título ha actuado la persona que firma el documento y, cuando proceda, la indicación del sello o estampilla que llevaré".

En tal sentido, cuando quiera que el documento público extranjero provenga de un país en el cual esté vigente la convención referida, bastará con que la entidad competente de ese país lo apostille para que se presente válidamente en Colombia ante la entidad que lo requiere. Si el país de origen del documento público no hace parte de la mencionada convención, se deberá llevar a cabo el trámite usual de legalización diplomática o consular.

El CGP comprende disposiciones similares al CPC sobre la materia, cuando define el documento público y reconoce su validez de conformidad con los instrumentos internacionales, principalmente la apostilla, o en su defecto con el trámite de legalización diplomático o consular²⁵.

²⁵ *"Artículo 243.- Distintas clases de documentos... Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública".*

"Artículo 251.- Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero.

Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país".

Teniendo en consideración lo expuesto, la Sala considera que las entidades podrán incorporar como pruebas dentro del proceso administrativo que se adelante para la contratación estatal, de oficio o a petición de parte, los documentos públicos emanados de autoridades extranjeras en los cuales se hagan constar las providencias judiciales que puedan tener efectos en Colombia para configurar causales de inhabilidad en alguno de los proponentes, adjudicatarios o contratistas, según el caso.

En cuanto hace referencia a los fundamentos jurídicos que legitiman a la entidad estatal o a las personas interesadas en el proceso de contratación estatal para solicitar el documento público a las autoridades extranjeras, se puede pensar en diferentes hipótesis, las cuales comprenden los convenios internacionales mencionados, los acuerdos de asistencia bilaterales y la formulación de solicitudes por parte de particulares ante las autoridades de los países extranjeros, en ejercicio del derecho de petición o del que en tales legislaciones se consagre y resulte análogo, para obtener información o datos de las entidades respectivas.

En el caso al cual se hizo referencia con anterioridad de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la prueba a la que se reconoció validez respecto de la sentencia condenatoria extranjera consistió en una certificación expedida por *“Ministerio de Relaciones Exteriores – Coordinador de Grupo de Asistencia a Connacionales y Promoción de Comunidades Colombianas en el Exterior”*, en la cual se incluyó información precisa del *“delito por el cual fue condenado, sentencia y fecha de culminación de sentencia”*. La certificación informaba a la entidad contratante interesada, que los datos que ahí se incorporaban habían sido remitidos por parte de un consulado colombiano en el extranjero, el cual los había obtenido por medio de su *“Asesora Jurídica”*²⁶.

En el ámbito del derecho penal, el artículo 17 del Código Penal debe ser interpretado sin que su alcance se restrinja al exequatur sino que, de acuerdo con el texto de la norma y en función de las necesidades que se experimentan en la actualidad en torno a la globalización de las iniciativas administrativas y penales para combatir la corrupción, constituye una fuente de la mayor importancia para reconocer en Colombia, a las sentencias proferidas en el extranjero, como *“cosa juzgada para todos los efectos legales”*.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

Así, la Ley 906 de 2004 reconoce validez a los documentos procedentes de autoridades extranjeras y regula las solicitudes de cooperación judicial internacional, por medio de normas que podrían, en función del caso concreto, tener efecto en la contratación estatal cuando quiera que se lleve a cabo en Colombia algún tipo de indagación o investigación de índole penal relacionada con la materia contractual²⁷.

Tal y como se apreciará en las consideraciones posteriores, las providencias expedidas por autoridades judiciales extranjeras, dentro del marco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad con los instrumentos internacionales y las normas del derecho interno, podrán constituir documentos de relevancia para definir si en un asunto particular, se configura o no una de las causales correspondientes.

Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala examinar el marco constitucional y legal que permite prevenir y sancionar los actos de corrupción en los contratos que celebran las entidades del Estado, para lo cual se precisará, en primer lugar, que los contratos celebrados por el Fondo Adaptación, habida cuenta de que constituye una entidad de naturaleza pública, están catalogados dentro del género de los contratos estatales no obstante que se encuentran sujetos a un régimen especial.

D. Los contratos del Fondo Adaptación son contratos estatales

La noción "*contrato estatal*" se encuentra prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como "*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la voluntad*", lo cual implica que tal noción comprende todos los contratos que celebran las entidades y organismos del Estado, tanto los que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como los que

²⁷ "Artículo 427. Documentos procedentes del extranjero Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario"

"Artículo 485. Solicitudes de cooperación judicial a las autoridades extranjeras. Los jueces, fiscales y jefes de unidades de policía judicial podrán solicitar a autoridades extranjeras y organismos internacionales, directamente o por los conductos establecidos, cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, para un caso que esté siendo investigado o juzgado en Colombia. Las autoridades concernidas podrán comunicarse directamente a fin de determinar la procedencia de las actuaciones relacionadas en la solicitud".

están sujetos a regímenes especiales o al derecho privado. En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"... es jurídicamente viable considerar que la categoría 'contratos estatales' no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que ... constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contrato estatales especiales"²⁸.

El Fondo Adaptación es un establecimiento público²⁹ adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creado por el Decreto Legislativo 4819 de 2010³⁰, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera y cuyo objeto comprende la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña.

En lo pertinente, habida cuenta de que la entidad contrata con recursos públicos, también resultará aplicable la Ley 1150 de 2007³¹, en cuanto que: *"Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos."* (subraya la Sala).

Los contratos que celebra la entidad para el cumplimiento de su objeto, cualquiera que sea su índole o cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4819 de 2010, *"se regirán por el derecho privado y estarán sujetos*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, exp. n.º 16661.

²⁹ Corte Constitucional, C-251 de 2011. La Corte Constitucional revisó oficiosamente el Decreto Legislativo 4819 de 2010 y advirtió que la naturaleza jurídica del Fondo Adaptación corresponde a un establecimiento público. Posteriormente, en la sentencia C-617-2012 reiteró que *"en aquellos casos en que el legislador decide introducir un fondo y le confiere en la norma correspondiente personería jurídica, se está ante un fondo entidad, que no puede comprenderse como una simple categorización de ingresos públicos"*.

³⁰ El Presidente de la República, con la intención de controlar el desastre natural ocurrido en el mes de noviembre de 2010, cuando se presentaron precipitaciones inusitadas, extraordinarias e imprevisibles en toda la geografía colombiana como consecuencia del fenómeno de la Niña, expidió el Decreto 4580 de 2010 *"Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública"*. Con fundamento en el Decreto 4580 se expidió el Decreto 4819 de 2010 *"Por el cual se crea el Fondo Adaptación"*

³¹ *"por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos"*

a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007” (artículo 7).

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”,* confirma lo anterior al precisar que:

“Artículo 2.13.1.1. Régimen contractual. Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para la ejecución de los recursos destinados a la recuperación, construcción y reconstrucción, de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña, y aquellos necesarios para la ejecución de estas actividades, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y en su desarrollo se dará aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Los demás contratos estarán sometidos al estatuto general contratación de la administración pública, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y las normas que los modifiquen o adicionen”.

Las normas referidas disponen con carácter específico para el Fondo Adaptación, lo que había prescrito desde una perspectiva general la Ley 1150 de 2007 respecto de las entidades estatales que se someten a un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, que están obligadas a aplicar *“los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”* (artículo 13).

El artículo 209 señala que *“la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”,* lo cual implica que todas las entidades estatales, independientemente del régimen de contratación al que se sometan, se encuentran vinculadas en su actividad por tales intereses y principios.

Por su parte, en cuanto atañe a los recursos públicos que las entidades estatales tienen a su cargo, el artículo 267 prescribe que *“el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o*

entidades que manejen fondos o bienes de la Nación". En tal sentido, las entidades estatales cuando proceden con las actividades contractuales, deberán considerar que *"la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"*. En ese orden de ideas, se puede afirmar respecto del Fondo Adaptación y de las demás entidades estatales que cuentan con un régimen contractual diferente al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública lo que en su momento expuso la Sección Tercera del Consejo de Estado acerca de las empresas prestadoras de servicios públicos, en los siguientes términos:

*"Cabe concluir, entonces, que actualmente las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen un régimen de derecho contractual especial o mixto que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas del derecho privado, pues, dada su naturaleza, la finalidad que persiguen (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad contractual se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público, lo que implica que la actuación de ellas en este ámbito pueda ser controlada judicialmente bajo los principios de la función administrativa"*³².

Así, el estudio que llevará a cabo la Sala a continuación en relación con los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar la corrupción en la contratación estatal, resulta aplicable a todas las entidades estatales cuando adelantan la actividad contractual, independientemente del régimen al cual se hallen sujetas.

E. Principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar la corrupción en la contratación estatal

La Sala ha sostenido de manera reiterada³³ que la contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios que utilizan las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41339.

³³ Cfr. Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013 y 2227 de 2014, solo por citar los más recientes.

celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política³⁴.

En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular³⁵ que ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista.

1. Los principios como normas jurídicas

Los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas toda vez que establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento³⁶. De allí que sean fuente de derecho, integren el ordenamiento jurídico y su desconocimiento pueda ser sancionado³⁷. En atención a lo anterior, la Sala sostuvo que los principios constituyen un criterio o parámetro de conducta:

“Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia”³⁸.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009.

³⁶ En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de agosto de 2005, C-818/05. *“Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

³⁷ Consejo de Estado, ibidem.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2183 de 2013.

De igual forma, los principios cumplen importantes funciones pues sirven de base o fundamento a todo el ordenamiento jurídico, constituyen una herramienta de interpretación de las reglas jurídicas y ejercen una labor integradora del derecho que permite la resolución de problemas o situaciones en donde se presenta una falta o insuficiencia de reglas jurídicas³⁹.

Desde el punto de vista de la Administración, los principios han sido reconocidos tanto a nivel constitucional como legal. Por ejemplo, la propia Carta Política señala en su artículo 209 que el ejercicio de la función administrativa se sustenta en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte, el CPACA en su artículo 3 establece que las autoridades administrativas deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos tomando en consideración, además de los principios señalados en la **Constitución**, los establecidos en leyes especiales y en el CPACA. En este último, se definen los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Para los propósitos de este concepto, resultará necesario demostrar la incidencia que para la contratación estatal tienen la transparencia, buena fe y la moralidad administrativa, en su carácter de principios y valores fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, en el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado Social de Derecho ínsitos en dicha contratación. Igualmente, dado el objeto de la consulta, se aludirá al principio de planificación y a los deberes de planeación y precaución.

En el caso particular del Fondo Adaptación, el Decreto 2962 de 2011 determinaba en forma precisa los principios de igualdad, selección objetiva, buena fe, planeación, análisis de riesgos, calidad, economía, transparencia, publicidad y equidad, como aquellos que regían la contratación de la entidad⁴⁰. Es necesario señalar que la norma fue derogada por el Decreto 203

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, citada.

⁴⁰ "Artículo 1°. Principios de la contratación. Los contratos que celebre el Fondo Adaptación se regirán por los siguientes principios: Igualdad. Este principio confiere a los sujetos contratantes una igualdad de trato en los procesos contractuales, en procura de garantizar los derechos y obligaciones de todos los participantes. Selección objetiva. La selección de los contratistas se efectuará siguiendo unos procedimientos previamente establecidos, divulgados y conocidos que permitan seleccionar la oferta más favorable para los intereses del Fondo. Buena fe. Las actuaciones del Fondo Adaptación se deberán ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas sus gestiones y de quienes contraten con él. Planeación. Todo trámite contractual deberá corresponder a un plan previo y coordinado para contribuir en forma eficiente al cumplimiento de la finalidad del Fondo Adaptación. Equidad. Se deberán adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el

de 2015⁴¹, el cual a su vez fue incorporado en el Decreto 1068 de 2015, no obstante lo cual, en virtud de mandatos constitucionales y legales, que se analizarán a continuación, tanto las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como aquellas que se encuentran exceptuadas porque cuentan con un régimen legal especial o porque están sujetas al derecho privado, deben cumplir con tales principios en sus actuaciones contractuales.

2. Transparencia

En relación con el Fondo Adaptación, el Decreto 2962 de 2011 definía el principio de transparencia como *"la probidad y pulcritud con que las partes contratantes participan en los procesos de selección, contratación y ejecución correspondientes"*. Si bien es cierto que la norma fue derogada, cuestión que se advirtió con anterioridad, también lo es que el sometimiento de esta entidad a los principios de la función administrativa, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, conduce a la aplicación del principio de transparencia en los términos en que lo define el CPACA (artículo 3). También es cierto que en virtud de la aplicación de las diferentes normas de contratación privada al Fondo Adaptación, les resulta exigible a quienes actúan dentro del marco de este ordenamiento, un comportamiento correcto, honesto, el cual corresponde, entre otras denominaciones, al desarrollo de los principios de transparencia y de buena fe (artículo 1603 Código Civil, artículo 871, Código de Comercio).

Desde el punto de vista general del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el principio de transparencia se encuentra previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y procura garantizar que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección, en igualdad de oportunidades para quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo, extraña a cualquier factor político, económico o familiar⁴², libre de

desarrollo del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de su celebración.

⁴¹ "Artículo 5º. Vigencia y Derogatorias. Vigencia y Derogatorias. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 2962 de 2011 y el Decreto 1241 de 2013.

⁴² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 2148 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación n.º 24715. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088. *"Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo*

presiones indebidas y, en especial, de cualquier sospecha de corrupción en las personas de los funcionarios y los particulares que participan en el proceso⁴³.

La transparencia es concordante con otros principios de la contratación estatal, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad, selección objetiva y buena fe.

3. Buena fe

El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, *“las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”* (artículo 3, numeral 4).

En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera⁴⁴, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,⁴⁵ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad⁴⁶, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o

turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N).”

⁴³ En desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (Ley 80/93, artículo 24, num. 8).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n° 24715. También, Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001

⁴⁵ Vid. L. DIEZ PICAZO, *La Doctrina de los Propios Actos*, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

⁴⁶ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido⁴⁷.

La buena fe impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibídem), y (iii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas (Ley 80, artículo 26, num. 6), todo con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad, así como también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

Conforme a lo expuesto, nada resulta más alejado del principio de buena fe que la ocurrencia de actos de corrupción en la contratación estatal y, por lo mismo, en los procesos de selección las entidades están facultadas para solicitar a los proponentes toda la información que, dentro del ámbito de la buena fe, resulte necesaria para formarse un juicio sobre su idoneidad para asumir el compromiso que involucra el contrato propuesto y que permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal.

La idoneidad, honestidad e integridad requerida por la buena fe resulta compatible con la calificación de "*contratista responsable*" a la que alude el "*Code of Federal Regulations*" (CFR) de los Estados Unidos de América, aspecto sobre el cual la Sala se detendrá más adelante en el punto correspondiente a la reflexión desde el derecho comparado.

Con mayor razón los requerimientos de información sobre el particular resultarán aún más vinculantes una vez perfeccionado el contrato estatal, no solo por la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, en los términos

⁴⁷ En este sentido, normas civiles y mercantiles plenamente aplicables a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establecen que los contratos deben celebrarse de buena fe (artículo 1603 del Código Civil); y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente

expuestos, sino por la calidad que el contratista adquiere como colaborador de la Administración (Artículo 3, Ley 80 de 1993) y por la naturaleza *"intuitu personae"* del contrato estatal (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, *"por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones"*, reitera y amplía el señalado deber legal, al disponer que: *"El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas"* (Se subraya).

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), consistente en una *carga de conocimiento* que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular.

A semejanza de lo que ocurre en el sector financiero (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), constituye una verdadera *"política de conocimiento del cliente"* aplicada a la contratación estatal que permite a las entidades contratantes exigir a los contratistas *"pactos o compromisos de integridad"*, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción⁴⁸.

⁴⁸ R. OSPINA ROBLEDO. *"Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público"*. Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. <http://www.iadb.org/leg/Documents/Colombia%20Ticol%20Ospina%20Spa.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015. El Banco Interamericano de Desarrollo, en concordancia con la ONG Transparencia Internacional, entiende que los *pactos o compromisos de integridad* son acuerdos (contratos) mediante los cuales los proponentes de una licitación se comprometen, explícitamente, entre ellos y con el respectivo gobierno, a no ofrecer ni pagar sobornos y a acatar determinadas multas en caso de faltar a su compromiso.

En el mismo sentido, y por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, dentro de una política preventiva la entidad contratante deberá exigir "*declaraciones de origen de fondos*" en las que el proponente o contratista, bajo la gravedad del juramento, identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito.

Así, en el supuesto caso en el que el proponente o contratista haya suministrado información falsa, o que no correspondiera a la realidad, con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener la adjudicación del contrato, acontecerá una de las siguientes dos situaciones, a saber: (i) si el acto de adjudicación fue expedido, pero el contrato no ha sido suscrito, el acto podrá ser revocado en tanto que se obtuvo por "*medios ilegales*", de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007; (ii) si el contrato ya se ha perfeccionado, dicho vínculo estará viciado de nulidad (artículo 1515 del Código Civil), sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80.

Ahora bien, el alcance y consecuencias previstas en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, no solo tienen como soporte constitucional el principio de buena fe sino que, por su *carácter preventivo*, su aplicación a la contratación estatal también encuentra respaldo en el deber contractual de planeación y en el principio de precaución, según se expone enseguida.

4. El principio constitucional de planeación y el deber contractual de planeación

En el Estado Social de Derecho, la necesidad de una política anticipadora y preventiva que evite la producción del daño o el perjuicio tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 CP⁴⁹. Al decir de BENDA⁵⁰, la no

En el citado documento se afirma, igualmente, que los capítulos de cada país de Transparencia Internacional han venido adecuando el modelo para implementarlo según las condiciones específicas de la contratación pública del respectivo país. En tal sentido, Transparencia Colombia han perfilado la definición del Pacto de Integridad como "*acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, para garantizar la transparencia, la equidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida*".

Por ejemplo, la Sala ha tenido conocimiento que recientemente la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República con el acompañamiento de la Embajada de Suecia en Colombia celebró "*Pacto de Transparencia y lucha contra las corrupción*" con las empresas suecas en Colombia.

<http://www.secretariatransparencia.gov.co/prensa/comunicados/Documents/pacto-de-transparencia-con-suecia.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2150 de 2013

⁵⁰ E. BENDA, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

decisión o inactividad de la Administración no es la solución, razón por la cual cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica *orientada al futuro* dándole sentido al mandato constitucional para la planificación⁵¹, que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto⁵².

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal, en los siguientes términos:

*"En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado."*⁵³

Como puede advertirse, el deber de planeación no solo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación. En este sentido, para la Sala es claro que el contrato estatal no puede ser una *aventura*, fruto de la improvisación y de la mediocridad⁵⁴.

⁵¹ BENDA, Op. Cit. Página 554: *"El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora... Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación"*.

⁵² BENDA Op. Cit., página 557. Señala el autor alemán que la planificación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, exp. n.º 15001233100019880843101- 8031.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. n.º 26.637 *"Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad."*

Así las cosas, la observancia del deber de planeación sustenta, aún más, la aplicación del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, consistente en la carga de conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los "*compromisos de integridad*" o "*declaraciones de origen de fondos*" en los términos explicados en el acápite anterior.

La necesidad de una conducta preventiva o anticipadora por parte de las entidades estatales frente a posibles actos de corrupción se evidencia en casos como el que ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que en la misma consulta se afirma que en los medios de comunicación han referido sucesos "*respecto de las medidas de aseguramiento dictadas por autoridades judiciales de países extranjeros, en contra de algunos directivos de personas jurídicas extranjeras, las cuales participan, por medio de sucursales o subsidiarias en Colombia, en procesos de contratación estatal*", y con mayor razón cuando las investigaciones se relacionan con presuntos "*delitos contra la administración pública o soborno transnacional*".

El deber contractual de planeación, materializado en una conducta preventiva frente a circunstancias concretas como las señaladas en precedencia, llevan a sostener la necesidad de aplicar el principio de precaución en la contratación estatal.

5. Principio de precaución

El origen del principio de precaución se encuentra en el derecho ambiental e impone a las autoridades el deber de evitar riesgos y daños en la vida, la salud y en el medio ambiente⁵⁵, de conformidad con su consagración en la

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirse perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

(...) En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado."

⁵⁵ Sentencia C-988 de 2004 y C-703 de 2010.

Constitución Política⁵⁶, en los tratados internacionales⁵⁷ y en el desarrollo jurisprudencial⁵⁸.

El principio de precaución paulatinamente ha irradiado otros ámbitos del derecho como la responsabilidad civil contractual, donde se emplea para adoptar medidas que impidan la realización de un riesgo eventual⁵⁹. En tal sentido, el principio de precaución impone a las autoridades el *deber jurídico* de proceder, frente a una situación concreta, con las medidas efectivas que eviten la concreción del riesgo y, por ende, el perjuicio que podría afectar el interés general y la satisfacción de las necesidades públicas, como es el caso de la contratación estatal.

La precaución, como lo enuncia VINEY "es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales..."⁶⁰. Así, el principio de precaución reúne dos elementos esenciales, una constante que se refiere al hecho de que se está frente a una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño

⁵⁶ El artículo 80 CP estableció que una de las funciones principales del Estado en relación con el medio ambiente es la de prevenir su afectación y deterioro. Antes que sancionar a los infractores, o de tener que asumir los costos económicos, sociales y ambientales de la restauración de un ecosistema, o que afrontar la irreparabilidad del daño causado por la acción humana, las autoridades y los particulares están *obligados a evitar* que esa afectación del medio ambiente se produzca, tal como lo señaló la Sala en el Concepto 2233 de 2014.

⁵⁷ El principio aparece en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo y forma parte de la legislación colombiana a través de la Ley 99 de 1993.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-339 de 2002; C-703 de 2010; C-222 de 2011; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, expediente 2001-90479-01(AP); Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 2005-00662-03(AP).

⁵⁹ Sobre la citada evolución puede verse: M. TRONCOSO. "El principio de precaución y la responsabilidad civil". Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010, pp. 205 a 220.

⁶⁰ "La diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención. La precaución hace alusión a los riesgos potenciales y la prevención a aquellos que son comprobados. Tenemos la tendencia a confundir precaución y prevención. Pensamos que los riesgos potenciales son poco probables y los asimilamos inconscientemente a los riesgos comprobados que tienen tan poca probabilidad de ocurrir que son bien administrados. Esto es doblemente inexacto. Para comenzar, las probabilidades no tienen la misma naturaleza (en el caso de la precaución, se trata de una probabilidad de que la hipótesis sea exacta, en el caso de la prevención, la peligrosidad está establecida y se trata más bien de la probabilidad de su ocurrencia). Además de esto y aun más importante, los riesgos potenciales, a pesar de su carácter hipotético, pueden tener una alta probabilidad de realización. En la práctica, sin embargo, la precaución puede ser entendida como la prolongación de los métodos de prevención aplicados a los riesgos inciertos". G. VINEY y M. KOURILSKY, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, 1999, en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>, 18. Consultado el 27 de julio de 2015.

grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado.

En este sentido, dado el interés público ínsito en la contratación estatal, la Sala estima que el principio de precaución es aplicable en la materia, con el fin de *“actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable”*, de acuerdo con el deber de planeación ya explicado.

Así, se hace mandatorio que los estudios previos que sustentan la contratación y la concreción de los mismos a través de los pliegos de condiciones, permitan a la entidad estatal contratante contar con toda la información disponible, y requerirla si fuere el caso, todo lo cual la debe conducir a conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de *prevenir* actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los *“compromisos de integridad”* o *“declaraciones de origen de fondos”* en los términos explicados en el acápite anterior, entre otros.

La Sala recuerda que en virtud del principio de responsabilidad las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal están presididas por las *“reglas sobre administración de bienes ajenos”* de acuerdo con el artículo 24, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, lo que comprende no sólo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como las medidas de prevención y el riesgo sospechado.

El señalado deber de actuar en un grado calificado de prudencia que se desprende del principio de precaución se relaciona con uno de los principios rectores de la función administrativa como es el de eficacia que encuentra sustento constitucional, entre otros, en los artículos 2 y 209 de la Carta⁶¹. En efecto, el principio de eficacia impone a la Administración, en aras de la materialización de los fines esenciales del Estado, una obligación de actuación.

Con el principio de eficacia se busca que la Administración no asuma una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, situación que puede presentarse por múltiples factores tales como negligencia, congestión o

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia del 15 noviembre de 2001, C-1194/01. *“Las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado. De esta forma se busca garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades (Art. 2 C.P.). Por lo tanto, la administración no tiene la potestad de permanecer totalmente inactiva sino que, por el contrario, el deber de actividad es primigenio”*

corrupción⁶², de los cuales es posible identificar un incumplimiento de la función administrativa.

En atención a la plena correspondencia que existe entre el principio de precaución y el de eficacia, la Sala deriva las siguientes consecuencias en el campo de la contratación estatal: *(i)* impone a la Administración la obligación de adelantar y brindar soluciones ciertas, oportunas, eficaces y proporcionales a los problemas que surgen en la contratación, entre otros, el de la corrupción; *(ii)* impide que la Administración asuma una posición inactiva o estática frente a las necesidades públicas que buscan satisfacerse con la contratación estatal, lo que en otras palabras significa que existe para esta una obligación de actuar de forma oficiosa, real y efectiva para prevenir los actos de corrupción, y *(iii)* constituye un fin que guía el ejercicio de la función contractual pública.

Conforme a lo anterior, por expreso mandato de la Constitución Política (artículos 2, 80 y 209), el artículo 3 del CPACA que rige las actuaciones administrativas en general y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que ordena que las actuaciones contractuales estatales se desarrollen, no sólo bajo los principios constitucionales de la función administrativa, sino conforme a los "*principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*", debe concluirse que el principio de precaución constituye una verdadera norma jurídica que impone un deber concreto a los servidores públicos, bajo cuya dirección se adelantan las actuaciones contractuales, de impedir la realización de ciertos riesgos y de actuar bajo un grado calificado de prudencia, con el fin de prevenir actos de corrupción en el contrato estatal.

6. Moralidad administrativa

La moralidad administrativa se define como un derecho colectivo (artículo 88 CP) y como un principio del ordenamiento jurídico y de la contratación estatal. El Consejo de Estado, Sección Tercera, ha determinado la relación existente entre la moralidad administrativa y los actos de corrupción, así:

⁶² *"La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado (...)*

También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que ésta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado.

Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar". Ibidem.

“La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio”⁶³ (La negrilla es de la Sala).

El Decreto 019 de 2012, dispone en su artículo 3, bajo el título de “moralidad”, que: *“La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”.*

Por consiguiente, si en la actividad contractual de las entidades estatales se presentan actos de corrupción que amenacen o vulneren la moralidad administrativa, la Constitución Política prevé la posibilidad de acudir a la vía judicial e interponer acciones populares en defensa de ese derecho colectivo⁶⁴, según se prevé en el artículo 88 CP, desarrollado por la Ley 472 de 1998, en concordancia con el artículo 144 del CPACA.⁶⁵

Lo anterior significa que las autoridades judiciales conocerán de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción popular, cuando *“la conducta vulnerante sea un acto administrativo o contrato”* caso en el cual, si

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004 Radicación número: 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP).

⁶⁴ Un resumen de la línea jurisprudencial sobre el particular puede encontrarse en la Sentencia C – 644 de 2011. La jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).

⁶⁵ “Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.//Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

bien el objeto de la referida acción no es la anulación de contratos o actos administrativos, es posible que el juez adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración de los intereses colectivos, tal y como sería la suspensión de un procedimiento o actuación de carácter contractual o de los efectos de un contrato (artículos 229 y 230 del CPACA).

Además, sin perjuicio de la protección que otorga la acción popular, la transgresión de la moralidad administrativa constituirá objeto ilícito por contravenir el derecho público de la Nación (artículo 1519 del Código Civil – CC-) lo que genera la nulidad absoluta del contrato (artículo 1741 CC); recuérdese también que el artículo 899 del Código de Comercio dispone que es *“nulo el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa”* y que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que *“los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...”*. En tal caso, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA⁶⁶, se podrá solicitar la nulidad absoluta del contrato ante el juez administrativo, quien también podrá declararla de oficio.

7. Aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal

Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

⁶⁶ “ARTÍCULO 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.” (Subraya la Sala).

7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales en los citados estudios no manifiesten explícitamente:

- a. El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;
- b. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la *carga de conocimiento*, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y
- c. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. La Sala profundizará sobre este aspecto en el capítulo siguiente.

7.2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:

- a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban "*pactos o compromisos de integridad*", por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;
- b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, "*declaración de origen de fondos*" en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;
- c. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del

capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;

- d. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.
- e. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1992 de 2010, los requisitos mencionados en precedencia no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo. Esto quiere decir que antes de la adjudicación debe estar verificado el cumplimiento de todas las condiciones del proponente y de la oferta, tanto las generales como las particulares del respectivo proceso de selección, de donde indudablemente se sigue que no será posible adjudicar el contrato al proponente que no haya cumplido con tales condiciones.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "*medios ilegales*", y que dentro de ese ámbito, los "*actos de corrupción*" se enmarcan dentro de la noción de "*medios ilegales*".

Así mismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseguida se explicarán.

Por último, los pliegos de condiciones, en concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero. Por tanto, será obligación del proponente o contratista ofrecer garantías suficientes, a juicio de la entidad estatal, en caso de que las condiciones del riesgo de corrupción o riesgo financiero se hayan modificado

entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo. Igualmente, el riesgo financiero será asignado en su totalidad al contratista.

7.3. En las cláusulas contractuales:

- a. La entidad incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.
- b. También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.

En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

- c. Con el fin de proteger los intereses de la Administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.
- d. En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

Como puede advertirse, en la contratación estatal el riesgo de corrupción se ha contemplado como previsible, motivo por el cual la Sala estima que debe profundizar en dicha noción, con el objeto de sustentar las recomendaciones que sobre el particular ha realizado en precedencia.

F. Los riesgos preVISIBLES en la contratación: el de corrupción, uno de ellos. La mitigación del riesgo a través de las garantías contractuales

Dentro del contexto explicado ampliamente en este concepto, y concretamente dentro del deber de planeación y el principio de precaución, cabe preguntarse: *¿La satisfacción de los intereses generales insitos en la contratación estatal puede ponerse en riesgo por actos de corrupción a los que se encuentren vinculados los proponentes o contratistas?*

La respuesta indudablemente es afirmativa, motivo por el cual la Sala expone los siguientes criterios en relación con el riesgo de corrupción, su gestión y mitigación en la contratación estatal.

1. Los riesgos preVISIBLES en los contratos estatales

El desarrollo de un contrato celebrado por una entidad estatal, bien sea que se halle sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o que se encuentre exceptuada de su aplicación porque cuenta con un régimen jurídico especial o está sometida al derecho privado, puede ser afectado por circunstancias que alteran sus condiciones.

Tal como se dijo con anterioridad, al Fondo Adaptación le resulta aplicable la Ley 1150 toda vez que celebra contratos estatales con recursos públicos, razón por la cual, en materia de riesgo habrá de acatar la siguiente disposición:

“Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos preVISIBLES involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Específicamente, en torno al Fondo Adaptación, el Decreto 1068 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público” indica:

“Artículo 2.13.1.3. Determinación de garantías o seguros. El Fondo Adaptación establecerá las garantías o seguros que debe exigir a los contratistas para la ejecución de sus contratos teniendo en cuenta para cada caso, la naturaleza y objeto del contrato, las condiciones de ejecución del mismo y los riesgos identificados, que deban ser cubiertos. Para los efectos previstos en el presente artículo el Fondo Adaptación podrá sujetarse al régimen de garantías establecido en el Decreto 1510 de 2013 o aquel que lo modifique, sustituya o compile, en aquello que resulte aplicable”.

El Decreto 1510 de 2013 fue incorporado en el Decreto 1082 de 2015 *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”* y, en tal sentido, todo lo que a continuación se expone en materia de riesgos es susceptible de aplicación a las entidades estatales que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como también al Fondo Adaptación, en su condición de entidad sometida a un régimen especial de contratación.

El Decreto 1082 de 2015 definió el riesgo como el *“Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”* (artículo 2.2.1.1.3.1. Definiciones).

Por su parte, el Documento CONPES 3714 de 2011, titulado *“Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”*, señala que la idea general de riesgo corresponde a *“una medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento”*; entiende el riesgo contractual como *“todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo”*; en torno a los *“riesgos preVISIBLES”*, los tiene como *“todas aquellas circunstancias que se presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”*.

De lo expuesto en precedencia puede extraerse que las entidades estatales contratantes y en particular el Fondo Adaptación, tienen el deber de realizar un adecuado ejercicio de planeación que conduzca a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo previsible que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

El factor fundamental para la tipificación, estimación y asignación del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con la información conocida, por lo que con información de

mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo, tal y como lo señala el Documento CONPES 3107 de 2001 *"Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"*.

Así las cosas, dentro de la estructura de los proceso de selección, el riesgo al que se enfrenta el *"proceso de contratación"* debe ser tenido en cuenta para efectos de establecer los requisitos habilitantes (artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015) y, adicionalmente, *"los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes"* deben estar contenidos en el pliego de condiciones (artículo 2.2.1.1.2.1.3., *ibídem*). A ello debe agregarse que en la licitación pública una de sus etapas obligatorias es la *"Audiencia de asignación de riesgos"*, de conformidad con el (artículo 2.2.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015), en la cual la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva⁶⁷.

En cuanto a los riesgos previsible que identifican los documentos CONPES citados se encuentran los: (i) económicos; (ii) sociales o políticos; (iii) operacionales; (iv) financieros; (v) regulatorios; (vi) de la naturaleza; (vii) ambientales, y (viii) tecnológicos.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, dispone lo siguiente:

*"Artículo 73. Plan anticorrupción y de atención al ciudadano. Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal deberá elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de **riesgos de corrupción** en la respectiva entidad, las medidas concretas para mitigar esos riesgos, las*

⁶⁷ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012, a saber: *"Artículo 220. Audiencias. El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedará así: 4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso* hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público."*

estrategias antitrámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano". (Se resalta).

Dado el alcance de la consulta, la Sala analizará los riesgos de corrupción y financiero.

2. El riesgo de corrupción

El Decreto 2641 de 2012 mediante el cual se reglamentaron los artículos 73 y 76 de la Ley 1474 de 2011, ordenó acoger el documento "*Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano*"⁶⁸ como parte integrante de ese decreto. Dentro del componente denominado "*Metodología para la identificación de riesgos de corrupción y acciones para su manejo*", define el "*riesgo de corrupción*", como "*la posibilidad de que por acción u omisión, mediante el uso indebido del poder, de los recursos o de la información, se lesionen los intereses de una entidad y en consecuencia del Estado, para la obtención de un beneficio particular*".

A partir de la noción transcrita el documento señala, a título ilustrativo, los procesos y procedimientos susceptibles de actos de corrupción, a partir de los cuales cada entidad podrá identificar los riesgos de corrupción. Respecto de la contratación estatal, el documento describe los siguientes:

- "De contratación (Como proceso o los procedimientos ligados a éste):*
- *Estudios previos o de factibilidad superficiales.*
 - *Estudios previos o de factibilidad manipulados por personal interesado en el futuro proceso de contratación. (Estableciendo necesidades inexistentes o aspectos que benefician a una firma en particular).*
 - *Pliegos de condiciones hechos a la medida de una firma en particular.*
 - *Disposiciones establecidas en los pliegos de condiciones que permiten a los participantes direccionar los procesos hacia un grupo en particular, como la media geométrica.*
 - *Restricción de la participación a través de visitas obligatorias innecesarias, establecidas en el pliego de condiciones.*
 - *Adendas que cambian condiciones generales del proceso para favorecer a grupos determinados.*
 - *Urgencia manifiesta inexistente.*
 - *Designar supervisores que no cuentan con conocimientos suficientes para desempeñar la función.*
 - *Concentrar las labores de supervisión de múltiples contratos en poco personal.*

⁶⁸www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/Estrategias%20para%20la%20construccion%20del%20Plan%20Anticorrupcion%20y%20de%20atencion%20al%20ciudadano.pdf Consultado el 13 de julio de 2015.

- *Contratar con compañías de papel, las cuales son especialmente creadas para financiero*".

Expuesto lo anterior, es claro que el documento "Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano resulta concordante con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido que el análisis de la situación fáctica de un proceso de contratación debe conducir a la tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y asignación del riesgo de corrupción. Expresamente el documento ordena elaborar un mapa de riesgos, la valoración de los mismos y una política de administración y seguimiento del riesgo de corrupción. Dentro de la citada política, se sostiene:

"(...) Las acciones que debe tener en cuenta la alta dirección para su administración son: Evitar el riesgo: Tomar las medidas encaminadas a prevenir su materialización. Es siempre la primera alternativa a considerar, se logra cuando al interior de los procesos se generan cambios sustanciales por mejoramiento, rediseño o eliminación, resultado de unos adecuados controles y acciones emprendidas. Reducir el riesgo: Implica tomar medidas encaminadas a disminuir la probabilidad (medidas de prevención). La reducción del riesgo es probablemente el método más sencillo y económico para superar las debilidades antes de aplicar medidas más costosas y difíciles".

De esta manera es claro que de tiempo atrás se ha contemplado en la contratación estatal el riesgo de corrupción como previsible y, por lo mismo, las entidades contratantes deben gestionarlo en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, con mayor razón cuando dicho riesgo impacta también el riesgo financiero según ya se ha planteado, aspecto que se profundiza a continuación.

3. Riesgo financiero

Dado el contexto de la consulta, y el ámbito funcional del sector transporte a cuya cabeza se encuentra el Ministerio de ese mismo nombre, responsable de las obras de infraestructura, bien sea mediante contratos de concesión, obra pública o asociaciones público – privadas (APP), se estima que sería el riesgo financiero el que se impactaría, en una mayor medida, por los posibles actos de corrupción de personas jurídicas vinculadas con proponentes o contratistas.

En efecto, el Documento CONPES 3107 de 2001, señala que dicho riesgo tiene dos componentes: (i) el riesgo de consecución de financiación; (ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. Los riesgos asociados con la financiación, independientemente del perfil de servicio de la

deuda, están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero.

Posteriormente, el Documento CONPES 3714 de 2011 retoma los criterios del Documento CONPES 3107 y sostiene:

"4. Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros".

Lo anterior presupone que para la ejecución de un contrato estatal el contratista deba procurar los recursos para cumplir con el objeto contractual, los cuales deben ser financiados, por regla general, por el mercado de capitales o por el sector financiero. En consecuencia el riesgo financiero, por su naturaleza, debe ser asignado en su totalidad al inversionista privado o contratista⁶⁹.

Si un contratista se encuentra vinculado o relacionado con una persona jurídica investigada por actos de corrupción, en los términos expuestos en este concepto, se generará respecto de ese contratista la posibilidad de que respecto de él se materialice, entre otros, un riesgo reputacional⁷⁰, legal⁷¹ o

⁶⁹ "El principio general es que el riesgo debe asumirlo la parte que pueda enfrentarlo en mejor forma, bien sea por su experiencia, conocimiento o papel dentro de la ecuación contractual, entre otras". Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Consultado el 8 de julio de 2015.

⁷⁰ "1.6.1. Riesgo reputacional: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la institución y sus prácticas de negocios, que cause pérdida de clientes, disminución de ingresos o procesos judiciales". Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica, Parte I. Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Título IV Deberes y responsabilidades. Capítulo IV: instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

⁷¹ "1.6.2. Riesgo legal: Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o

de contagio⁷² que impida o dificulte ostensiblemente el financiamiento requerido para cumplir con el objeto contractual.

Ante la existencia de los mencionados riesgos, la entidad estatal contratante se encuentra en el deber, en los términos del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, de gestionarlos y mitigarlos, para lo cual puede acudir al régimen de garantías del contrato estatal.

4. Las garantías contractuales y la mitigación del riesgo

En materia de garantías en la contratación estatal, tanto las entidades que se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las que cuentan con un régimen legal especial o se sujetan al derecho privado, la regla general está contenida el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007:

*“Artículo 7. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de **cobertura del riesgo** autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.*

*El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de **los riesgos de los contratos**, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o **riesgos** relativos a la ejecución del respectivo contrato.*

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (...). (Resalta la Sala)

actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones”. (Op. Cit)

⁷² “1.6.4. Riesgo de contagio: Es la posibilidad de pérdida que una entidad puede sufrir, directa o indirectamente, por una acción o experiencia de un vinculado. El vinculado es el relacionado o asociado e incluye personas naturales o jurídicas que tienen posibilidad de ejercer influencia sobre la entidad”. (Op. Cit).

Considerando lo expuesto en precedencia sobre el riesgo de corrupción y el riesgo financiero, los cuales deben ser asignados al contratista, la entidad estatal puede *“transferir el riesgo”*, lo cual se materializaría *“a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”*⁷³.

Luego de una evaluación costo–beneficio y considerando que el riesgo financiero debe ser asignado al contratista, la entidad estatal puede *“transferir el riesgo”*, lo cual se materializaría *“a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien es el responsable”*⁷⁴.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1082 de 2015 establece en la Sección 3 Garantías, Subsección 1. Generalidades, lo siguiente:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.
(Decreto 1510 de 2013, artículo 110)”*

Según el Decreto 1082, en la contratación estatal las garantías pueden ser:

⁷³ Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. *“Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”*

⁷⁴ Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente. www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. *“Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”*

"Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son: 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. Patrimonio autónomo. 3. Garantía Bancaria. (Decreto 1510 de 2013, artículo 111)"

La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante.

G. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

El marco constitucional y legal colombiano, así como los principios y prácticas internacionales en materia de prevención de la corrupción, encuentran concreción por medio de diferentes reglas en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las cuales claramente tienen espacio las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal.

1. Libertad de contratación y restricciones

Las personas que se relacionan en el marco de la sociedad, bien sea que se encuentre organizada bajo el modelo del Estado Liberal o del Estado Social de Derecho, protagonizan el encuentro de fuerzas políticas, económicas y sociales de naturaleza pública y privada, respecto de las cuales las normas jurídicas procuran conciliar sus intereses.

La intervención del Estado en las actividades de los particulares y de las propias entidades estatales, para restringirlas a un ámbito donde se establezca y preserve el bienestar social, sin vulnerar la libertad y la iniciativa

particular, constituye un fundamento esencial de nuestro sistema político y jurídico⁷⁵.

Desde el punto de vista de la teoría general y, por supuesto, de la práctica, la libertad constituye uno de los fundamentos más importantes del Estado, la cual encuentra concreción en materia contractual en la facultad que tienen las personas naturales y jurídicas para contraer obligaciones y hacerse titulares de derechos, es decir, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁷⁶.

En materia de contratación estatal, la libertad que tienen los particulares de participar en los procesos de selección, o de celebrar contratos con el Estado, concurre con el principio general de que las personas, tanto naturales como jurídicas, son hábiles y capaces para establecer vínculos jurídicos, tal y como lo dispone el Código Civil, *"toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces"* (artículo 1503), y, en cuanto más interesa al asunto, la Ley 80 de 1993 *"Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"* (artículo 6).

No obstante, el Estado interviene para proteger el interés general, y define que ciertas personas no pueden participar en procesos de contratación, ni celebrar contratos con entidades estatales, para lo cual establecen disposiciones de rango constitucional y legal, que conforman el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷⁷ ha precisado que el régimen de inhabilidades pretende que la función pública sea adelantada por *"sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella"*, así como también persigue el cometido de *"prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público"*. En el campo contractual, propiamente

75 Las herramientas constitucionales que legitiman esa intervención corresponden, principalmente, a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1); la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (artículo 4); el derecho a la igualdad (artículo 13); la buena fe (artículo 83); el deber de respetar el derecho ajeno y de no abusar del propio, la solidaridad social (artículo 95) y la moralidad administrativa (artículo 88).

76 Las fuentes constitucionales de la libertad contractual y de la autonomía de los sujetos, se encuentran en los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la libre asociación (artículo 38), a la propiedad privada (artículo 58) y a la libre iniciativa particular (artículo 333).

77 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

dicho, “se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores”.

2. Inhabilidades e incompatibilidades

La noción de inhabilidades e incompatibilidades ha sido objeto de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que constituyen “impedimentos o tachas”, los cuales, en el ámbito contractual corresponden a “circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”⁷⁸.

Aun cuando es cierto que “ambos conceptos convergen en su tratamiento legal, puesto que definen circunstancias que generan una limitación o prohibición de orden legal para el acceso a la contratación estatal”⁷⁹, tradicionalmente, tanto por parte de esta Sala, como de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, se ha precisado que existen diferencias entre uno y otro concepto, así:

“Las inhabilidades consisten esencialmente en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal y se le aplican a una persona que en el momento en que se configuran, no es servidor público. Las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público. Las inhabilidades se dirigen al futuro, en el sentido de que afectan a alguien que aspira a determinado cargo público o que proyecta realizar una contratación con una entidad estatal, mientras que las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurso en ella y la realización de determinada función o contratación”⁸⁰.

“Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona... En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica... La incompatibilidad, en cambio, se refiere a

78 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de octubre de 1996, exp. n.º 925

79 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

80 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

*la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones*⁸¹.

Desde el punto de vista de su consagración legal, se observa que la normatividad estatal adolece de la falta de una definición sobre el particular, no obstante, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades *"se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado"*, mientras que las incompatibilidades, atañen a la imposibilidad respecto de *"la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés"*⁸².

Los principios sobre los cuales se fundamentan las inhabilidades e incompatibilidades resultan coincidentes a los postulados que orientan la función administrativa en procura de la satisfacción del interés general, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política (artículo 209). Así, tanto la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han encontrado que tales principios corresponden a la transparencia⁸³, economía, igualdad⁸⁴, responsabilidad⁸⁵, objetividad, imparcialidad⁸⁶ y moralidad⁸⁷.

81 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989. En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

82 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>, consultado 22 de julio de 2015. Corte Constitucional, sentencia C-564/97: *"Con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos"*

83 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114: *"Las inhabilidades y las incompatibilidades se deben a la voluntad del constituyente y el legislador de aplicar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades, evitar el tráfico de influencias y el conflicto de intereses, pero por sobre todo, garantizar que haya transparencia y claridad en el manejo de la gestión pública y principalmente en la contratación administrativa"*.

84 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. En relación con el principio de igualdad, la jurisprudencia indica que *"se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes,*

En torno al principio de la moralidad, ha sido enfática la jurisprudencia para señalar que *"en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho, constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades"*⁸⁸. Una de las formas a través de las cuales se concreta este principio está referida a la política pública de prevención y erradicación de los actos de corrupción, así como también a la proscripción de ventajas y privilegios indebidos.

En tal sentido, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la Ley 1474 de 2011, las medidas legislativas que se toman respecto de la materia, y que procuran satisfacer el interés general, están llamadas a prevalecer sobre la limitación de los derechos de los individuos inhabilitados, en tanto que *"consultan un principio de razón suficiente y supera el test de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que la restricción a los derechos resulta menor que el beneficio constitucional que pretende la medida y que se enmarca en la dirección de los principios esenciales de la función pública señalados en el artículo 209 superior"*⁸⁹.

La doctrina, por su parte, ha indicado que más allá de los principios referidos con anterioridad para la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades, *"aparece otra finalidad del régimen, esto es, una preocupación por la eficacia de la gestión pública que impone separar a los*

concurantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental".

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14652: *"la selección del contratista está sometido a los principios de transparencia, el cual impone una gestión contractual pública, eficiente y honesta; economía, que determina el desarrollo de un procedimiento contractual austero en trámites y gastos; de igualdad que garantice el libre acceso a los procedimientos precontractuales otorgando idénticas oportunidades y el de responsabilidad, que se funda en la protección de los bienes del Estado"*.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-211 de 1996. Sentencia C-179 de 2005; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395. En el marco de las acciones populares conocidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha reconocido a la moralidad administrativa como la fuente constitucional de las inhabilidades e incompatibilidades: Sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. n.º 2005-00549-01(AP)

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

⁸⁹ Corte Constitucional, C-257 de 2013.

*candidatos que por su comportamiento previo o por su situación no garantizan el buen funcionamiento de la gestión contractual*⁹⁰.

En ese orden de ideas, las inhabilidades e incompatibilidades comprenden *“restricciones a la autonomía o libertad de contratación, concretamente al poder de disposición, legitimación para actuar u obrar”*. Las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad, puesto que continúan siendo capaces, solo que, en atención a *“su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar”*⁹¹.

La Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó en una ocasión anterior que *“La inhabilidad es la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 1504 del Código Civil”*⁹², no obstante, ahora hace énfasis en que la perspectiva que se debe privilegiar, bajo la preponderancia del interés general sobre el particular, no ha de tener como centro de justificación conceptual al sujeto que la soporta, sino a la condición imperativa de las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades para proteger al conglomerado social, mediante la limitación o restricción de la libertad contractual de algunos sujetos de derecho, en algunas circunstancias específicas.

En tal sentido, la Sala reivindica en este concepto un desplazamiento del núcleo de la materia, del protagonismo del sujeto al del Estado, y lo explicita al dar mayor peso a la noción de restricción de la autonomía con base en normas de orden público, que a la de incapacidad particular.

3. Fuente constitucional y legal de las causales de inhabilidad e incompatibilidad

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales contienen las diferentes hipótesis de inhabilidades e incompatibilidades para contratar. La Constitución Política, en el artículo 122, inciso final, modificado

90 J. BENAVIDES, *El Contrato Estatal*, 2ª ed., Externado, 2004, p. 280–281.

91 W. NAMÉN, “Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades”, en *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 495.

92 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346.

por el Acto Legislativo 1 de 2004, artículo 1 y por el Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, prescribe que no podrán celebrar contratos con el Estado personalmente, o por interpuesta persona, *“quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”*⁹³.

De manera específica, en torno a los congresistas se establece que no podrán *“Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno”, ni “Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones”* (artículo 180, incisos 2 y 4).

En el ámbito legal, la norma que agrupa de manera sistemática los diferentes supuestos de hecho constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades es el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual ha sido objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su vigencia, así como de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de sus disposiciones. En la actualidad el referido régimen se integra de la siguiente forma:

“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos⁹⁴ y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.*
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos⁹⁵ o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.*
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad*
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas⁹⁶ y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución⁹⁷.*

⁹³ La norma indica en el inciso siguiente: *“Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”*

⁹⁴ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁵ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁶ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 1996.

⁹⁷ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996.

e) *Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.*

f) *Los servidores públicos.*

g) *Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes⁹⁸ y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso⁹⁹¹⁰⁰.*

h) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso¹⁰¹¹⁰².*

i) *Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.*

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) *Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior¹⁰³), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en la que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años¹⁰⁴.*

k) *Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso*

⁹⁸ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009.

⁹⁹ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰⁰ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

¹⁰¹ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰² Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

¹⁰³ Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012.

¹⁰⁴ Adicionado por la Ley 1150 de 2007, artículo 18. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 1.

descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales¹⁰⁵.

l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente¹⁰⁶¹⁰⁷.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos¹⁰⁸ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante¹⁰⁹.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal¹¹⁰.

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

¹⁰⁵ Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 2.

¹⁰⁶ Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 84, parágrafo 2.

¹⁰⁷ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013.

¹⁰⁸ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰⁹ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997.

¹¹⁰ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

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 ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo¹¹¹.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público¹¹².

Parágrafo 1.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio¹¹³.

Parágrafo 2.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

Con base en la norma transcrita, la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus

¹¹¹ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

¹¹² Adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

¹¹³ Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial¹¹⁴.

En segundo lugar, es claro que la inhabilidad no constituye una sanción, puesto que *“se produce como consecuencia de la ocurrencia del hecho, o de hallarse en la circunstancia que describa el ordenamiento jurídico, y respecto del sujeto o sujetos que indique la norma que determina la inhabilidad”*¹¹⁵. En términos de la Corte Constitucional:

“Las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos tipologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen.

Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad.

*La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades”*¹¹⁶.

En tercer lugar, el listado no agota las circunstancias constitutivas de inhabilidad e incompatibilidad en materia contractual, puesto que el literal a) del numeral 1 del artículo 8 precisa que las leyes podrán fijar causales para el efecto, más allá de las expuestas en la norma transcrita.

En este punto es importante relevar acerca de la ley, como fuente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que la perspectiva constitucional ha reconocido que *“el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades”*¹¹⁷. Es decir, la Constitución Política reserva a favor de la ley la posibilidad de configurar normativamente la materia, razón por la cual se encuentra proscrito a las autoridades administrativas aumentar tales

114 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

115 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346. Por su parte la Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 indica que: *“Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria”*.

116 Corte Constitucional, sentencia C-652 de 2003.

117 Corte Constitucional, sentencia C-257 de 2013.

supuestos de hecho, so pena de nulidad de los actos correspondientes¹¹⁸. En tal sentido, la Sección Tercera ha precisado que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades no permite *"su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial"*¹¹⁹.

En torno a las disposiciones legales, se observa que la propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores *"como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política"*¹²⁰.

En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes:

- La Ley 142 de 1994 regula los *"conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades"* en materia *"del funcionamiento de las empresas de servicios públicos"* (artículo 44);
- La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);
- La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113);
- La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, exp. n.º 19.933.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

¹²⁰ J. SANTOFIMIO, *Tratado de Derecho Administrativo. T. IV. Contratación indebida*, Externado, 2004, p. 408 *"El artículo 58.6 de la Ley 80 de 1993 contiene, en nuestra opinión, una muy interesante inhabilidad de carácter contractual, que se inspira en razones jurídicas estrictamente preventivas. Esto es, comparte naturaleza de medida preventiva. Podemos sostener que nos encontramos ante una inhabilidad cautelar, tendiente a evitar que aquellas personas jurídicas a cuyo representante legal le hubiere sido dictada medida de aseguramiento, en razón de situaciones surgidas de una actuación contractual estatal, puedan presentar propuestas, es decir, participar en cualquier proceso de selección de contratistas o celebrar contratos durante el término de duración de la medida de aseguramiento"*.

- (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45);
- La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11);
 - La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40);
 - La Ley 828 de 2003 establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales, estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda (artículo 5);
 - La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49);
 - La Ley 1150 de 2007 indica que la cancelación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) da lugar a que el proponente correspondiente quede inhabilitado para contratar con el Estado (artículo 6, numeral 6.3);
 - La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de hecho de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22);
 - La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

En ese orden de ideas, la Sala reitera que las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se restringe la libertad de contratación en materia estatal son: (i) la Constitución Política, (ii) la Ley 80 de 1993 y (iii) un número plural de leyes que disponen lo propio en los diferentes sectores de la contratación del Estado, en el régimen disciplinario de los servidores públicos, en las medidas que prescriben respecto de los actos de corrupción y en otros campos del espectro normativo nacional. En todas las normas se evidencia la protección del interés general y de la moralidad administrativa como bases para la restricción a la libertad de contratar, aspectos que generan, en relación con el

entendimiento y aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tensiones acerca de su debida interpretación.

4. Interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Proscripción de la analogía en la materia

La jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, así como las providencias de la Corte Constitucional, de forma consistente, reiterada y pacífica han determinado que la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de naturaleza restrictiva, en tanto que no es posible añadir a través de la analogía hipótesis adicionales a las comprendidas en la Constitución Política y en la ley.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha definido que cuando alguna norma legal disponga un supuesto de hecho como constitutivo de inhabilidad, habrá de interpretarse de manera restrictiva:

“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6º de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”.¹²¹

“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas”.¹²²

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que *“el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito 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...”¹²³*

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. n.º 925, Concepto del 30 de octubre de 1996.

¹²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2004, exp. n.º 1578.

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad *“tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva”*¹²⁴ y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado *“crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador”*; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo *“por contravenir el orden jurídico”*¹²⁵.

Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que *“aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente de la ley y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social”*¹²⁶, de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia.

En ese orden de ideas, se toma como punto de partida la circunstancia de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye una limitación a la libertad de las personas, manifestada en la capacidad de contratar con el Estado, y hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos constitucionales y legales¹²⁷.

La Sala considera conveniente invocar en esta ocasión uno de los criterios interpretativos comprendidos en el Código Civil, para brindar una fundamentación adicional respecto de la taxatividad de tales causales y de su interpretación restrictiva, sin perjuicio de lo que ha sido usual en los

124 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

125 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. n.º 20.395.

126 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de julio de 1998, exp. n.º 1114.

127 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de abril de 2006, exp. n.º 1732: *“Las razones de interés general en que se fundamenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el estatuto de contratación estatal... han llevado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación a determinar que las normas que lo fijan son de naturaleza exceptiva y su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo. Precisamente por poseer este carácter, su aplicación debe ajustarse estrictamente a los presupuestos que para cada causal haya señalado el legislador...”*

pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto. Así, el artículo 31 del Código Civil explica que *"lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación"*, en tanto que *"la extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*¹²⁸.

En atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la imposibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos.

Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:

*"Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma"*¹²⁹.

¹²⁸ El artículo referido comprende los criterios de interpretación textual restrictiva y extensiva. El primero se explica con base en el principio de *"expressio unius est exclusio alterius"*, el cual significa que la expresión de uno es la exclusión del otro, de manera que en el evento en que se haya realizado una lista de causales, actividades o supuestos fácticos, para determinar el contenido y alcance de un texto, se deberá entender que comprende solamente lo que en él se expresó. Por el contrario, el criterio de interpretación extensiva, expuesto bajo la máxima *"ejusdem generis"*, indica que frente a los listados comprendidos en textos jurídicos, se considerarán incorporadas aquellas cosas que a pesar de no estar incluidas expresamente, son de la misma clase o condición de aquellas que sí se plasmaron. En relación con estas máximas interpretativas, la Sala aprecia que el sentido de la ley es *"genuino"* cuando se lo interpreta para restringir las hipótesis de inhabilidad a los casos especificados en la norma, en función de la naturaleza de la norma como excepción al régimen general de la libertad contractual. En consonancia, huelga concluir que no procede la interpretación extensiva en atención al origen y a los cometidos de la norma, debidamente explicados con anterioridad.

Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 31 remite a los demás criterios hermenéuticos, la Sala considera conveniente señalar que en atención a lo prescrito por el artículo 28, en su primera parte, es decir la regla según la cual: *"las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas"*, resulta natural y obvio entender que un listado que limita el derecho que tienen las personas para la participación en licitaciones y celebración de contratos con el Estado, es de interpretación restrictiva.

¹²⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966.

“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador... Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.”¹³⁰

En ese orden de ideas, dentro del análisis del contenido de la inhabilidad comprendida en el literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, habrá de cumplirse una labor hermenéutica para dilucidar su alcance, para revivir el espíritu que habita en la letra de la norma, cuestión que no implica la creación de inhabilidades e incompatibilidades por fuera de los casos comprendidos en las normas.

5. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes

Todo lo expuesto se aplica respecto de cualquier momento en el que se configure la inhabilidad, es decir: si tiene lugar con anterioridad a la adjudicación del contrato, período en el cual el sujeto de derecho implicado tiene la calidad de proponente; si se configura con posterioridad al momento de la adjudicación del contrato y con anterioridad a su perfeccionamiento, cuando se lo denomina adjudicatario; o si se concreta después del perfeccionamiento del contrato estatal, a partir del cual la inhabilidad se predica del contratista.

El artículo 9 de la Ley 80 de 1993 dispone sobre el particular:

“Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero, previa

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652.

*autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal*¹³¹.

Además de la norma transcrita, es necesario considerar el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, el cual indica que:

"El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".

En ese orden de ideas, la Sala clasifica los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así:

- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente *"renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo"* (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993)¹³². En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996. *"A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevinir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.*

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual".

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal *“adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”* (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciera parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros¹³³.
- Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal y de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993)¹³⁴.

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad

133 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646.

134 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp. n.º 1283.

con el significado natural y obvio del verbo “*sobrevenir*¹³⁵” cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, “*la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.*”¹³⁶

Cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso está incurso en una causal de nulidad absoluta del contrato respectivo (artículos 1502, 1740, 1741 del Código Civil, entre otros).

6. Aplicación de las causales de inhabilidad a entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Fondo Adaptación

En relación con la inquietud que se suscita en torno a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades comprendido en la Ley 80 de 1993 y en sus normas complementarias, a las entidades estatales que no están sujetas a tales normas para la contratación, sino que se encuentran sometidas a normas especiales o al derecho privado, la Sala advierte, sin lugar a duda, que la Ley 1150 de 2007 soluciona la pregunta en sentido positivo.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 define que “*las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*”.

Así, la Sala observa que esta norma resulta aplicable a todas las entidades estatales, en tanto que no haya una disposición especial que para un caso específico la desestime. Por tal razón, en principio, las entidades estatales que celebren contratos están sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

¹³⁵ “*sobrevenir. (Del lat. supervenire). 1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra. 2. intr. Venir improvisamente. 3. intr. Venir a la sazón*”, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=sobrevenir>, el 26 de julio de 2013.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646

Con anterioridad a la expedición de esta norma, en áreas especiales de la contratación estatal, se advertía, de manera expresa, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a tales entidades era el de la Ley 80 de 1993.

Así por ejemplo, en materia de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 dispuso que *“sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes”* (Artículo 44.4).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar un caso en el cual estaba involucrada una empresa de servicios públicos, dispuso que *“... las empresas industriales y comerciales del Estado, en su gestión contractual están obligadas a dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 80 de 1993...”*¹³⁷. En tal sentido, desde la perspectiva jurisprudencial se ha dispuesto que los procesos de selección adelantados por las entidades exceptuadas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, así como los contratos que celebran, están sometidos a las causales de inhabilidad e incompatibilidad que este prescribe.

En la actualidad, aun cuando no es necesario disponerlo expresamente, puesto que el citado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 está llamado a ser aplicado como regla general para todas aquellas entidades que tengan un régimen de contratación especial o de derecho privado, las normas que precisan el régimen de contratación de algunas entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, remiten específicamente a la norma.

En el caso del Fondo Adaptación, se advierte respecto de la celebración de contratos que se aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades por la previsión expresa que refiere su regulación al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹³⁸. Así lo precisan la Ley 1753 de 2015 *“por el cual se expide*

137 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

138 *“Artículo 7º. Régimen Contractual. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”*.

el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"¹³⁹ y la Resolución n.º 001 de 2012, "Por la cual se adopta el Manual de Contratación y de Supervisión del Fondo Adaptación"¹⁴⁰.

En tal sentido, es imperativo que se apliquen las causales de inhabilidad e incompatibilidad del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública al Fondo Adaptación, no solo por lo expuesto hasta el momento, sino porque los principios que guían su actividad contractual.

7. Debido proceso para la aplicación de las inhabilidades

Las actuaciones de las autoridades de la República de Colombia, en cualquier escenario, deben tener como fundamento el debido proceso, en su condición de principio y de derecho fundamental. La comunidad en general y los contratistas en particular depositan su confianza en las autoridades, las cuales deben motivar sus actos y someterlos las disposiciones constitucionales y legales. Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato éste que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se

¹³⁹ "Artículo 155... Inciso 2. Los contratos para la construcción y reconstrucción necesarios para la superación de los efectos derivados de la ocurrencia de desastres naturales a cargo del Fondo Adaptación, y en general todos aquellos necesarios para la ejecución de estas actividades se regirán por el derecho privado. Lo anterior, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. La excepción a la aplicación al Estatuto General de Contratación Pública para los contratos a que se refiere el presente inciso estará vigentes hasta el 31 de diciembre de 2018".

¹⁴⁰ "Artículo 12. El Fondo Adaptación aplicará el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades establecido en la Constitución, la Ley y demás normas que lo reglamenten o adicionen".

involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados."¹⁴¹

Así, en relación con la contratación estatal la Ley 80 de 1993 desarrolla el principio en cuestión en diferentes artículos, entre otros: el artículo 59, cuando prescribe que en aquellos casos en los que se tome una decisión en contra de un proponente o de un contratista las autoridades competentes, en providencia motivada, precisarán los hechos que le dan lugar, los medios de impugnación y defensa, los términos de que dispongan, la autoridad encargada; el artículo 24, en sus numerales 2 y 7, al indicar que los proponentes y contratistas tienen el derecho de obtener información sobre los reportes e informes y de controvertirlos, así como también la debida motivación que se exige a los actos expedidos por la entidad en la actividad contractual o en ocasión de ella.

En particular, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 indica que *"las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables a las actuaciones administrativas"*, cuestión que claramente remite al CPACA, el cual ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1.

En ese orden de ideas, en relación con la actividad contractual estatal, cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, habrá de acatarse el principio del debido proceso para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente.

Es importante considerar también, que independientemente de que la entidad estatal contratante se encuentre sujeta a un régimen especial de contratación o al del derecho privado y, por ende esté exceptuada del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, tal y como es el caso del Fondo Adaptación, sus actuaciones contractuales, en general, y las que atañen a las decisiones que se tomen en torno a la inhabilidad o incompatibilidad de un proponente o contratista, en especial, deben estar guiadas por el debido proceso, y han de proferirse por parte del funcionario competente.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estudiar un contrato celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado, luego de concluir que se debía regir en cuanto concierne al régimen de inhabilidades por la Ley 80 de 1993 y por las normas que complementan y

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715

modifican, precisó que: *"...la aplicación de las normas que conforman dicho régimen involucra el ejercicio de la función administrativa y por ende es posible que para su aplicación expidan aquellos actos que tienen la connotación de administrativos, los cuales deben cumplir con las formalidades que dispongan las normas superiores y ser emitidos por el funcionario con competencia para el efecto."*¹⁴²

En relación con el funcionario competente para dar aplicación a las inhabilidades en materia contractual, se indicó en la providencia referida que *"no es otro que el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien éste delegue"*¹⁴³, cuestión que, llegado el caso, habrá de acatar el Fondo Adaptación en cumplimiento del debido proceso.

8. Sociedades matrices y subordinadas, sucursales y grupos económicos

Como quedó arriba reseñado, algunas de las causales de inhabilidad e incompatibilidad involucran los conceptos de sociedades matrices y subordinadas propios de la legislación mercantil, razón por la cual resulta pertinente para el entendimiento pleno de tales disposiciones recordar esas nociones, junto con las de sucursales, grupos económicos y sociedades anónimas abiertas.

En torno a la sociedad, entendida como persona jurídica diferente de los socios considerados individualmente, con capacidad para celebrar los contratos que correspondan *"al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto"* (Código de Comercio, artículos 98 y 99)¹⁴⁴, resulta de suma importancia para el análisis que adelanta la Sala explicar las nociones jurídicas y mercantiles de sucursal, matriz, subordinada, filial, subsidiaria y grupo empresarial, así como también el concepto de sociedad anónima abierta.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

¹⁴⁴ El Código Civil define que: *"se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"* (artículo 633). En aquellos casos en los cuales las personas jurídicas tienen ánimo de lucro, se constituyen bajo la forma de sociedad mercantil, esto es, en términos del Código de Comercio, el contrato en virtud del cual *"dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social"* (artículo 98).

En tal sentido, en Colombia las sucursales están definidas en el Código de Comercio como *"establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad"* (artículo 263). Los establecimientos de comercio en su condición de bienes mercantiles, constituyen *"un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa"* (artículo 515).

Por su parte, las personas jurídicas de naturaleza societaria, cuya constitución no es nacional, encuentran definición en el Código de Comercio, cuando se prescribe que *"son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior"* (artículo 469), las cuales, para efectos de *"emprender negocios permanentes en Colombia"* habrán de establecer *"una sucursal con domicilio en el territorio nacional"* (artículo 471).

Así, de acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, la sucursal de sociedad extranjera es solo una prolongación de la matriz, carente de personería jurídica, no es bajo ninguna circunstancia un ente autónomo, pues la sucursal es el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera sujeta a las reglas de una sociedad colombiana¹⁴⁵.

Por el contrario, hay ocasiones en las cuales se estructuran conglomerados empresariales con base en sociedades que, en tal condición, cuentan con personería jurídica autónoma e independiente. En un sinnúmero de ocasiones, las sociedades aportan bienes al capital de otras y se hacen titulares de las acciones o de las partes o cuotas de interés correspondientes, cuestión que puede implicar, en función del porcentaje de participación, que sometan el poder de decisión de tales sociedades receptoras de su inversión a su voluntad.

Al respecto, las sociedades integrantes del conglomerado asumen posiciones diferentes, que dan lugar a diversas denominaciones, de acuerdo con la normatividad mercantil nacional, en el siguiente sentido: (i) la sociedad matriz o controlante es aquella que somete a su voluntad el poder de decisión de otras sociedades, las cuales reciben el nombre de (ii) subordinadas o controladas; las sociedades subordinadas se presentan bajo dos denominaciones en atención a la influencia directa o indirecta que reciben de la matriz o controlante: serán (iii) filiales si están sometidas directamente a la

¹⁴⁵ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-001093 del 2 de Enero de 2011; Circular Externa 030 del 26 de noviembre de 1997.

sociedad matriz, y (iv) subsidiarias si lo están indirectamente, por medio de otras subordinadas de la matriz¹⁴⁶.

Una vez definidas las calificaciones legales de las sociedades en relación con su participación en los eventuales conglomerados, se establecen las presunciones de subordinación para aquellas situaciones en las cuales las personas jurídicas o naturales controlantes, directa o indirectamente, tengan la titularidad de la mayoría del capital de una sociedad; o cuenten con las mayorías necesarias para decidir en los órganos de administración de la sociedad controlada; o cuando en virtud de un negocio ejerzan influencia dominante sobre la sociedad subordinada (artículo 27 de la Ley 222 de 1995).

Ahora bien, cuando junto al vínculo de subordinación referido se presenta unidad de propósito y dirección en las sociedades, en el sentido en que sus actividades, y su propia existencia, procuran una finalidad establecida por la matriz en atención a la dirección que ejerce sobre el conjunto, se habrá configurado un grupo empresarial (artículo 28 de la Ley 222 de 1995).

En algunas ocasiones, sociedades colombianas y extranjeras, en condición de matrices y subordinadas, conforman grupos empresariales, lo cual genera inquietudes respecto de la forma como se han de cumplir las disposiciones nacionales en la materia cuando se incorpora el elemento de la internacionalidad. Por ejemplo, si le resulta exigible la obligación de rendir un informe especial ante la asamblea o junta de socios acerca de las relaciones existentes entre las controlantes y las subordinadas, o si deben cumplir con la obligación de inscribir en el registro mercantil a tales grupos empresariales (artículos 29 a 33 de la Ley 222 de 1995).

Al respecto se aprecia que no solo en las épocas actuales de auge en los procesos de internacionalización de la economía y de globalización de los negocios, sino desde el siglo XIX se ha dispuesto que las sociedades establecidas en un país deben acatar las normas respectivas, no obstante su origen extranjero.

En efecto, el "*Tratado de Derecho Comercial Internacional*" suscrito el 12 de febrero de 1889, incorporado en la legislación nacional por medio de la Ley 33 de 1992, acerca de las sociedades dispone que "*el contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y*

¹⁴⁶ Ley 222 de 1996: "*Artículo 26. Subordinación. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o control ante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria*".

entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial" (artículo 4). En tal sentido, las compañías creadas conforme a la legislación colombiana, sin importar su pertenencia a un conglomerado con origen legal en otro país, están sujetas a las normas nacionales.

De otra parte, en relación con las sucursales de sociedades extranjeras, indica la norma centenaria que *"las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen"* (artículo 6), caso en el cual las controversias judiciales que surjan en torno a su actividad en ese país, podrán ser instauradas ante los tribunales respectivos (artículo 7).

Resulta pues indudable que las matrices y subordinadas, filiales y subsidiarias de los grupos empresariales y conglomerados que tengan origen o presencia en Colombia, así como las sucursales, deben cumplir con las normas que resulten aplicables¹⁴⁷.

Finalmente, con el propósito de absolver los temas sometidos a consideración de la Sala, resulta indispensable establecer el significado legal del término *"sociedad anónima abierta"*.

¹⁴⁷ Claramente, la existencia de diferentes personas, en particular de sociedades, dentro de un grupo empresarial, posibilita a cada una la ejecución de actividades independientes respecto de las demás sociedades que lo integran. De forma consecuente, tal independencia y autonomía, reconocidas legalmente a las personas jurídicas, implica que, en principio, las sociedades no se vean afectadas por la consagración de alguna incapacidad especial para la contratación por la simple causa de que otra sociedad, perteneciente al mismo conglomerado o grupo, se encuentra tipificada dentro de tales supuestos de hecho. No obstante, tal y como lo ha advertido esta Sala, concepto del 17 mayo de 2001, exp. n.º 1346: *"la teoría clásica según la cual la sociedad comercial constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ha sido atemperada e incluso modificada por la teoría del control jurídico y económico, establecida para hacer frente a la realidad contemporánea de grupos económicos y de vinculaciones societarias cada vez más complejas"*. Conviene tener en cuenta, desde la óptica de diferentes disposiciones legales, entre ellas, la ley 190 de 1995, *"las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta"* (artículo 44). Al respecto, ha expuesto la Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999, exp. n.º 10641: *"Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (lifting the corporate veil) y se descubrirá el beneficio oculto"*.

Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 *"Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional"* en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 *"Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública"*, y bajo el título de *"inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas"* define que: *"las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario"* (artículo 32).

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: *"Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas"* (parágrafo 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993)¹⁴⁸. Así, el concepto de sociedad anónima abierta tiene alcance específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

9. Una reflexión desde el derecho comparado. El caso de los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, en el nivel federal, el *"Code of Federal Regulations"* (CFR) establece dos mecanismos que permiten inhabilitar a personas que buscan contratar con el Estado¹⁴⁹. Estos se conocen con el nombre de *"debarment"*¹⁵⁰ y *"suspension"*¹⁵¹ y se encuentran regulados a partir de la sección 9.400 del Título 48 del CFR.

Aunque estos dos mecanismos son similares en muchos aspectos, se diferencian principalmente en que mientras la figura del *"debarment"* es una decisión final, la *"suspension"* corresponde a una de carácter temporal, pues se adopta mientras se completa o finaliza una investigación o proceso judicial¹⁵².

¹⁴⁸ Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994, *"Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos accionistas. 2. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores"*.

¹⁴⁹ 9.403.

¹⁵⁰ 9.406-1.

¹⁵¹ 9.407-1. Véase igualmente: *Caiola v. Carroll*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 851 F.2d 395, 1988.

¹⁵² U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, *Audit of administrative suspension, debarment, and other internal remedies within the Department of Justice*, Audit Report 12-01. Octubre de 2011, p. iv.

Los mencionados mecanismos tienen como características principales las siguientes:

1. Permiten que los contratos se celebren con "contratistas responsables"¹⁵³, concepto que se determina legalmente, por parte del CFR, al indicar:

"Para ser calificado como responsable, un potencial contratista debe: (a) Tener los recursos financieros adecuados para ejecutar el contrato, o la habilidad para obtenerlos...(b) Ser capaz de cumplir con la entrega requerida o propuesta o el cronograma de ejecución, tomando en consideración todos los compromisos comerciales y gubernamentales; (c) Tener un record satisfactorio de ejecución...Un potencial contratista no será considerado responsable o no responsable solamente con base en una falta de historia relevante de desempeño, excepto lo establecido en 9-104-2; (d) Tener un record satisfactorio de integridad y ética comercial...(e) Tener la organización, experiencia, contabilidad y controles operacionales necesarios, y las habilidades técnicas, o la habilidad para obtenerlas...(f) Tener la producción, construcción y equipo técnico e instalaciones, o la habilidad para obtenerlas ...y (g) Por lo demás estar calificado y ser elegible para recibir un contrato bajo las leyes y regulaciones aplicables] (traducción libre)".¹⁵⁴

¹⁵³ 9.402.

¹⁵⁴ La Sala ha realizado una traducción libre de la sección 9.104-1 del CFR: "To be determined responsible, a prospective contractor must -- (a) Have adequate financial resources to perform the contract, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); (b) Be able to comply with the required or proposed delivery or performance schedule, taking into consideration all existing commercial and governmental business commitments; (c) Have a satisfactory performance record (see 48 CFR 9.104-3(b) and part 42, subpart 42.15). A prospective contractor shall not be determined responsible or nonresponsible solely on the basis of a lack of relevant performance history, except as provided in 9.104-2; (d) Have a satisfactory record of integrity and business ethics (for example, see Subpart 42.15). (e) Have the necessary organization, experience, accounting and operational controls, and technical skills, or the ability to obtain them (including, as appropriate, such elements as production control procedures, property control systems, quality assurance measures, and safety programs applicable to materials to be produced or services to be performed by the prospective contractor and subcontractors) (see 9.104-3(a)); (f) Have the necessary production, construction, and technical equipment and facilities, or the ability to obtain them (see 9.104-3(a)); and (g) Be otherwise qualified and eligible to receive an award under applicable laws and regulations (see also inverted domestic corporation prohibition at 9.108". Igualmente, respecto al concepto de contratista responsable la jurisprudencia ha indicado: "The test for whether debarment is warranted is the present responsibility of the contractor *Roemer v. Hoffmann*, 419 F. Supp. 130, 131 (D.D.C. 1976). In government contract law, "responsibility" is a term of art, defined to include the honesty and integrity of the contractor as well as the ability to successfully perform a contract". ["El test para determinar si se ordena la exclusión es la responsabilidad presente del contratista....En el derecho de los contratos estatales, "responsabilidad" es un término particular, definido para incluir la honestidad y la integridad del contratista así como también la habilidad para ejecutar satisfactoriamente un contrato"] (traducción libre). *Delta Rocky Mountain Petroleum, Inc.; v. The United States Department of Defense*, United States District Court for the District of Colorado, 726 F. Supp. 278, 1989. Igualmente, en otra oportunidad se señaló: "In making the

2. No se busca con ellos sancionar o castigar al contratista, sino proteger los intereses de la administración¹⁵⁵.

3. Aunque la ley establece algunos parámetros que la Agencia estatal debe considerar para adoptar la decisión correspondiente¹⁵⁶, la misma legislación reconoce expresamente que esta goza de una facultad o potestad discrecional¹⁵⁷. En desarrollo de lo anterior, la Agencia no está obligada a implementar los señalados instrumentos aunque se presente alguna de las causales para su ocurrencia¹⁵⁸.

4. Respecto a sus efectos, tanto "*debarment*" como "*suspension*" provocan, entre otros, que una persona quede inhabilitada para celebrar contratos con el Estado, razón por la cual, en principio no podrá ser adjudicatario de contratos ni ser invitado para enviar ofertas para contratar. Al respecto se presenta una excepción, consistente en que, no obstante la circunstancia de hallarse bajo una decisión que somete al contratista al "*debarment*" o "*suspension*", la Agencia podrá contratar con él si existe una razón determinante para hacerlo¹⁵⁹.

5. El procedimiento para tomar la decisión lo determina la propia Agencia¹⁶⁰ del Estado¹⁶¹. En todo caso, este debe ser respetuoso del derecho al debido proceso¹⁶².

6. Las personas que hayan sido objeto de "*debarment*" o "*suspension*" se incluyen en el "*System for Award Management (SAM) Exclusions*"¹⁶³.

7. Las causales que dan lugar a la aplicación de las señaladas figuras son establecidas por la ley¹⁶⁴. En el caso del "*debarment*", se destaca como

responsibility determination, the contracting officer must determine that the contractor has "a satisfactory record of integrity and business ethics." [Al tomar la determinación de responsabilidad, el oficial contratante debe determinar que el contratista tiene un record satisfactorio de integridad y ética en los negocios.] (traducción libre). *Impresa Construzioni Geom. Domenico Garufi v. The United States*, United States Court of Federal Claims, 52 Fed. Cl. 421.

¹⁵⁵ 9.407-1 y 9.402(b).

¹⁵⁶ 9.406-1.

¹⁵⁷ 9-402. Véase igualmente: *Peter Kiewit Sons' Co. v. U.S. Army Corps of Engineers*, United States Court of Appeals, 714 F.2d 163, 1983.

¹⁵⁸ 9.406-1.

¹⁵⁹ 9.405. Véase también: *Med Trends, Inc. v. United States*, United States Court of Federal Claims 2011, U.S. Claims LEXIS 2212, 2011.

¹⁶⁰ 4-403.

¹⁶¹ 9.402.

¹⁶² 9.406-3.

¹⁶³ 9.404.

¹⁶⁴ 9.406-2.

causal la existencia de una decisión civil o penal proferida como consecuencia de: i) la comisión de fraude u ofensa penal relacionada con la obtención, intento de obtener o ejecución de un contrato o subcontrato, ii) la violación de leyes estatales o federales de competencia en relación con el envío de ofertas, o iii) la comisión de los delitos de desfalco, robo, falsificación o destrucción de archivos, falsa afirmación, evasión de impuestos o la recepción de propiedad robada. Igualmente, entre las causales señaladas por la ley se incluye la comisión de una ofensa que indique una falta de integridad u honestidad en los negocios que de forma seria y directa afecte la responsabilidad actual (*present responsibility*)¹⁶⁵ de la persona.

Sin embargo, debe resaltarse que la inhabilitación por "*debarment*" puede también presentarse sin que necesariamente exista una sentencia judicial, pues la ley estableció que una persona puede quedar sujeta a dicha decisión con fundamento en cualquier causa grave o apremiante que afecte su responsabilidad actual, a juicio de la Agencia que toma la decisión.

De otra parte, surge el interrogante de si es posible acudir al mecanismo de "*debarment*" con fundamento en decisiones judiciales proferidas por cortes extranjeras. Frente a este punto, la doctrina considera que la respuesta debe ser negativa, pues siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁶⁶, a menos que de la ley o la intención del legislador se derive lo contrario, debe presumirse que las leyes promulgadas por el Congreso se refieren a asuntos de carácter nacional y no extraterritorial¹⁶⁷. A este argumento puede sumarse además el hecho de que las cortes norteamericanas tradicionalmente no otorgan validez a sentencias judiciales extranjeras de naturaleza penal por razones de orden público¹⁶⁸.

En todo caso, no puede perderse de vista que la figura de "*debarment*" establece también como una de las causales para su aplicación el que existan causas graves o apremiantes que afecten la responsabilidad presente de la persona, de tal suerte que una sentencia judicial extranjera podría servir para fundamentar la decisión. Lo anterior teniendo en cuenta

¹⁶⁵ Respecto al concepto de responsabilidad presente véase: U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, ob. cit.

¹⁶⁶ *Small v. United States*, Supreme Court of the United States, 544 U.S. 385, 2005. Véase igualmente: *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, Supreme Court of the United States, 336 U.S. 281, 1949.

¹⁶⁷ Sope Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Hart Publishing, 2012.

¹⁶⁸ David Epstein, Baldwin, Charles S., *International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice, and Strategy*, Nijhoff, 2010, p. 388. Véase igualmente: William S. Dodge, *Breaking the Public Law Taboo*, Harvard International Law Journal, Vol. 43, No. 1, 2002, p. 162.

que en los Estados Unidos las decisiones judiciales extranjeras sirven como evidencia¹⁶⁹. Con todo, será de todas maneras necesario que existan otros argumentos o razones adicionales que sustenten dicha medida.

Finalmente, en el caso de la figura de "*suspension*", la ley estableció causales similares a las señaladas para el "*debarment*"¹⁷⁰. Empero, debe destacarse que para el caso de la primera no se exige una sentencia o decisión judicial, sino que es posible su imposición con fundamento en evidencia adecuada¹⁷¹. Asimismo, la propia ley señala que constituye "adecuada evidencia"¹⁷² la existencia de una acusación (*indictment*)¹⁷³ para el caso de ciertos delitos señalados en la norma¹⁷⁴.

H. Interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta

En la consulta se hace referencia a tres normas legales principales, que en su conjunto establecen varias inhabilidades para contratar. Tales disposiciones son el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, el artículo 58, numeral 6º de la misma ley, y el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

La Sala considera que para interpretar y aplicar en forma adecuada dichas normas y causales de inhabilidad, es indispensable tener en cuenta, por una parte, el principio de territorialidad de la ley colombiana, especialmente en lo concerniente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por otra parte, los tratados internacionales suscritos por Colombia para la lucha contra la corrupción, que fueron explicados en forma previa.

El Fondo Adaptación expresamente se halla sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comprendido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con lo expuesto en el concepto, razón por la cual las consideraciones que se harán a continuación le resultan plenamente aplicables.

¹⁶⁹ *Donnelly v. Federal Aviation Administration and National Transportation Safety Board*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 411 F.3d 267, 2005.

¹⁷⁰ 9.407-2

¹⁷¹ 9.403. Véase también *Rsi, Inc. v. United States*, United States District Court for the Western District of Texas, 772 F. Supp. 956, 1991.

¹⁷² Evidencia adecuada es aquella información suficiente para sustentar la creencia razonable de que un acto u omisión particular ha existido. *Mainelli, Jr. v. The United States of America*, United States District Court for the District of Rhode Island, 611 F. Supp. 606, 1985.

¹⁷³ Para la definición de "indictment" véase 9-403.

¹⁷⁴ *Lion Raisins, Inc. v. United States*, United States Court of Federal Claims, 64 Fed. Cl. 536, 2005.

En esa medida, procederá la Sala a referirse al principio de territorialidad, para adentrarse luego en el análisis particular de cada una de las disposiciones legales citadas y de las inhabilidades que estas contienen.

1. Territorialidad de la ley colombiana, en general, y de las normas de contratación estatal, en particular

Tradicionalmente se ha considerado que la territorialidad de la ley es una manifestación o emanación de la soberanía de los Estados, en cuanto implica que todas las personas que se hallan dentro del territorio de un país, incluyendo las extensiones de este aceptadas generalmente por el derecho internacional (naves, aeronaves etc.), se encuentran sometidas a la Constitución y a las leyes de ese Estado, independientemente de que se trate de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. El mismo principio implica que tales personas están sometidas también a las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales del Estado en el cual se encuentran o al cual pertenecen.

Es por esta razón que el artículo 4º, inciso 2º de la Carta Política dispone que *"es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"*, y que el artículo 95 ibidem reitera que *"toda persona"* está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Con la misma orientación, el artículo 2º, inciso 2º de la Constitución dispone que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas *"residentes en Colombia"*, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; el artículo 13 consagra el principio y derecho a la igualdad, especificando (en cuanto concierne a esta consulta) que no puede haber discriminación por razones de *"origen nacional"*, y el artículo 100 señala que los extranjeros en Colombia disfrutan de los mismos derechos civiles reconocidos a los colombianos, pero que la ley puede subordinar a condiciones especiales tales derechos o negarles el ejercicio de algunos de ellos *"por razones de orden público"*.

En forma complementaria, el artículo 18 del Código Civil estatuye que *"la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros en Colombia"*, y el artículo 57 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4 de 1913) reitera que *"las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de estos, los derechos concedidos en los tratados públicos"*.

Las normas constitucionales y legales citadas permiten esbozar un segundo aspecto que resulta esencial en el análisis del principio de territorialidad, a saber: que dicho principio no es absoluto, ya sea porque esas mismas disposiciones y los tratados internacionales vigentes y obligatorios para Colombia permiten en determinados casos la no aplicación de ciertas normas a los extranjeros que se encuentren permanente o transitoriamente en el país (excepción a la aplicación territorial de la ley colombiana), o bien porque la ley colombiana o los tratados internacionales disponen, en algunos eventos, la aplicación de aquella ley a los nacionales o residenciados que se encuentren fuera del territorio nacional (aplicación extra-territorial de la ley colombiana), como lo consagra, por ejemplo, el artículo 19 del Código Civil¹⁷⁵.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia C-621 de 2001¹⁷⁶, manifestó lo siguiente sobre la aplicación del principio de territorialidad en materia penal:

"El principio de territorialidad se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento dentro del territorio bajo su dominio, sin interferencia alguna de otros Estados. En el caso de la ley penal, el principio de territorialidad significa que el Estado podrá aplicar su derecho penal a las conductas ilícitas ocurridas dentro de los límites de su territorio, o de extensiones jurídicamente aceptadas de éste. Se trata de un criterio relativo al ámbito espacial de aplicación de la ley, diferente a otros criterios como el estatuto personal o el real.

Tal como lo señaló la Corte, el principio de territorialidad es:

(...) "fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste su "natural" ámbito espacial de validez".¹⁷⁷

La definición de cuál sistema penal puede juzgar un hecho ilícito ocurrido total o parcialmente en un lugar distinto a aquel donde se encuentra el presunto delincuente, ha llevado tradicionalmente a sopesar cuatro elementos

¹⁷⁵ Artículo 19. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1º) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-621 del 13 de junio de 2001. Exp. D-3268.

¹⁷⁷ "[33] Corte Constitucional, Sentencia T-1736/00, MP: Carlos Gaviria Díaz, relativa a una presunta violación del derecho al debido proceso en el trámite de extradición".

relacionados con la aplicación del principio de territorialidad: el lugar de ocurrencia del hecho ilícito, la nacionalidad del autor del ilícito, la nacionalidad del bien jurídico vulnerado con la conducta ilícita y la importancia para la comunidad internacional del bien jurídico tutelado que resulte afectado por el delito. La ponderación de estos cuatro elementos ha conducido a la adopción de distintas soluciones...". (Resaltamos).

En materia de contratación pública, es necesario recordar, en primer lugar, que conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución, una de las funciones asignadas al Congreso de la República mediante la elaboración de las leyes, es la de "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional".

De dicho canon constitucional, en armonía con lo que se ha explicado sobre el principio de territorialidad de la ley, surge con claridad que todo lo relativo a la actividad contractual del Estado colombiano y de las entidades, organismos y órganos que lo componen está sujeto a la ley colombiana y a las decisiones que con base en ella adopten las autoridades del país.

Lo anterior trae consigo consecuencias positivas y negativas para la interpretación y aplicación de tales normas, pero no en un sentido valorativo o axiológico, sino en un sentido estrictamente lógico; es decir, aspectos que están cobijados por dicha ley, aunque intervengan en ellos personas extranjeras u ocurran total o parcialmente en el exterior, y elementos que quedan por fuera de la aplicación de la ley colombiana, por suceder enteramente en el exterior y encontrarse sujetos a la ley foránea o incluso, como sucede en ocasiones, por estar sometidos a otra legislación, aunque los hechos en que se basen ocurran total o parcialmente dentro del país, según lo disponga la ley o el derecho internacional convencional o consuetudinario.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007¹⁷⁸, regula parcialmente la territorialidad de la ley colombiana y la extraterritorialidad de la ley extranjera, en relación con los contratos estatales, al disponer:

"Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

¹⁷⁸ "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera". (Se resalta).

La Corte Constitucional ha deducido, con base en diferentes normas de la Constitución, así como en reconocidos principios del derecho internacional privado, que la ley colombiana, de la cual forma parte el Estatuto General de Contratación Pública, es la llamada a regir los contratos celebrados por las entidades estatales colombianas, tanto con nacionales como con extranjeros, en los siguientes aspectos: (i) la celebración del contrato que se haga en el territorio nacional y sus extensiones (*lex loci contractus*), actividad que, como lo reconoce dicha Corporación, incluye todo el proceso denominado "de selección" o "de contratación", y (ii) la ejecución de los contratos en el territorio colombiano (*lex loci solutionis*), ya sea la de aquellos perfeccionados en el exterior o la de aquellos celebrados en Colombia¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2004:

"2.3.2. El segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 expresa: **Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.**

En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.

2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone: **Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.**

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y

En este punto, vale la pena recordar que el Estatuto General de Contratación, fuera de contener algunos principios que se aplican transversalmente a todas las fases y aspectos de la actividad contractual del Estado, regula básicamente dos grandes asuntos o etapas relacionados con dicha actividad: (i) el proceso de contratación o proceso de selección, que equivale a lo que en el derecho privado se denomina *etapa precontractual*, periodo que va hasta el perfeccionamiento del contrato, y (ii) la ejecución, terminación y liquidación de los contratos.

En relación con la primera etapa, es evidente que por realizarse enteramente en Colombia (como regla general), por parte de entidades públicas y servidores públicos colombianos, y constituir, la mayoría de las veces, una actuación o procedimiento administrativo en el transcurso del cual se expiden actos de la misma clase, dicha fase se encuentra sometida de manera exclusiva a la ley colombiana, salvo en cuanto a ciertos aspectos específicos que necesariamente están sujetos a la ley extranjera, conforme al derecho internacional, tales como la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de otros países, el estado civil y el parentesco de las personas naturales foráneas etc.

extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que "Los contratos que se celebren en Colombia", deben someterse al régimen contractual nacional.

Asimismo, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros...

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño– de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa...

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comentario concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero– sólo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional...". (Negritas del original; subrayas añadidas).

A la luz de los conceptos explicados, la Sala pasará a referirse a la interpretación y aplicación de cada una de las normas y las causales de inhabilidad señaladas en la consulta.

2. El artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993

Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1º), y finalmente fue declarada inexecutable, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas".</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años". (Se resalta).</p>	<p>Declaró inexecutable las siguientes expresiones de la norma citada: "o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior", por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados</p>	<p>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</p> <p>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</p> <p>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.</p>

En relación con el artículo 18 de la Ley 1150, es necesario indicar que la expresión "soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones" fueron incorporados en el pliego de modificaciones para segundo debate en la Cámara de Representantes, al proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1150, con la siguiente motivación: "En este

artículo relacionado con una causal de inhabilidad, relativa a la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, se adiciona el soborno transnacional y sus equivalentes en otras jurisdicciones, con el objeto de fortalecer los mecanismos de lucha contra la corrupción". (Negrillas del original; se subraya)¹⁸⁰.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012¹⁸¹, declaró inexecutable la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo N° 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo N° 1 de 2009.

Acto Legislativo n.º 1 de 2004	Acto Legislativo n.º 1 de 2009
"Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño". (Se resalta).	"Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, <u>ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado</u> o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico <u>en Colombia o en el exterior</u> . Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (sic) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que

¹⁸⁰ Gaceta del Congreso N° 96, año XVI, del 27 de marzo de 2007, página 6. "Artículo 18. (Artículo 19 texto aprobado en Comisión)

¹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942.

	el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño".
--	---

Como puede inferirse, fue con base la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

- (i) Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de veinte años. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.
- (ii) Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como "de lesa humanidad" y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales en forma permanente. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilidad mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado en forma permanente, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8 de la Ley 80.

Ahora bien, por este camino se llega a uno de los puntos centrales de la consulta, que debe solucionarse para responder varios de los interrogantes planteados en la misma, a saber: si la inhabilidad prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se genera solamente cuando una persona es declarada responsable por la justicia colombiana de alguno de los delitos contra la administración pública consagrados en nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), o por el delito de soborno transnacional (artículo 433 ibídem), o si dicha causal también surge cuando una persona es declarada responsable, por la justicia de cualquier otro país, por la comisión de alguno de dichos delitos en ese Estado (aunque allí tengan otra clasificación, otras denominaciones o protejan total o parcialmente otros bienes jurídicos).

De lo que se ha explicado hasta ahora sobre el principio de territorialidad de la ley colombiana, así como de los cambios efectuados por el legislador en la norma que se viene comentando, parecería concluirse que la inhabilidad referida solo se aplica cuando la sentencia penal mediante la cual se condena a una persona natural por cualquiera de los hechos delictivos mencionados, es proferida por un juez colombiano, pues el Congreso de la República decidió eliminar de la citada disposición (al menos formalmente) la equivalencia que esta consagraba originalmente entre los delitos enlistados allí y los previstos en otras jurisdicciones, de lo cual podría inferirse, en principio, que también suprimió la equivalencia entre las sentencias condenatorias penales dictadas por la justicia colombiana y las sentencias de la misma clase emitidas por esos delitos en otros Estados.

No obstante, un análisis más detallado y cuidadoso de este asunto, a la luz de la historia legislativa del literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por Colombia, permite superar la interpretación anterior y llegar a una conclusión distinta.

En efecto, debe partirse de que el citado literal, tal como fue adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150, establecía expresamente que la inhabilidad en estudio surgía por el hecho de que una persona natural fuese declarada responsable judicialmente por la comisión de alguno de los delitos que dicha norma señalaba (peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional), *“así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”*, mientras que el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, al modificar este precepto suprimió la frase: *“así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”*.

Dado que debe existir alguna razón de fondo por la cual el legislador efectuó dichos cambios, la Sala se dio a la tarea de revisar el trámite dado en el Congreso al proyecto de ley que más adelante se convirtió en la Ley 1474.

Esta propuesta fue presentada por el Gobierno Nacional, con el título de "proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", y le correspondió el N° 142 de 2010 Senado. De su exposición de motivos, vale la pena resaltar los siguientes apartes¹⁸²:

"1. Introducción

La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo¹⁸³.

(...)

Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y, por ello, la presente ley es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales... lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno.

Por las consideraciones expuestas, el presente proyecto de ley busca introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente.

2. Contenido del proyecto

2.1. Primer capítulo: medidas administrativas para la lucha contra la corrupción

La Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello, en el primer capítulo, se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado (...)". (Negritas del original; subrayas añadidas).

¹⁸² Gaceta del Congreso N° 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, páginas 16 y 17.

¹⁸³ "[1] Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por la Ley 412 de 1997. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005..."

El primer artículo del citado proyecto tenía originalmente el siguiente texto¹⁸⁴:

“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. (Las negrillas son del texto; las subrayas son agregadas).

Para el debate inicial de este proyecto en la Comisión Primera del Senado, los ponentes presentaron un pliego de modificaciones, en el cual, con respecto al artículo 1º, solamente se propuso sustituir la expresión “*delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades*”, por “*delitos contra la Administración Pública*”¹⁸⁵, lo cual probablemente obedeció a la doble intención de simplificar el lenguaje y ampliar, al mismo tiempo, el universo de delitos que serían susceptibles de generar esta inhabilidad, pues si se revisa el título XV del Código Penal, se observa que tanto los delitos de peculado, concusión, cohecho y prevaricato, como otros que allí se incluyen (por ejemplo, el de enriquecimiento ilícito), son calificados expresamente como delitos contra la administración pública.

Por otro lado, es importante resaltar que en el mismo texto propuesto para primer debate se mantuvo la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, que aparecía en el artículo 1º del proyecto inicial, y con ese lenguaje fue aprobado el proyecto de en la Comisión Primera del Senado¹⁸⁶.

Para el segundo debate del proyecto de ley en la Plenaria del Senado, se presentó de nuevo un pliego de modificaciones, en el cual no se planteó ninguna modificación al artículo 1º del proyecto. Sin embargo, en el texto aprobado en segundo debate se suprimió la frase “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*”, que formaba parte del artículo 1º, quedando la norma redactada así¹⁸⁷:

“Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. El literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 quedará así:

¹⁸⁴ Gaceta ídem, página 1.

¹⁸⁵ Gaceta del Congreso N° 784, año XIX, del 19 de octubre de 2010, página 13.

¹⁸⁶ Gaceta del Congreso N° 1002, año XIX, del 1º de diciembre de 2010, página 32.

¹⁸⁷ Gaceta del Congreso N° 1117, año XIX, del 22 de diciembre de 2010, página 1.

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública y soborno transnacional. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

Al indagar acerca de la razón por la cual se efectuó dicho cambio, dado que, como se explicó, el mismo no se planteó en el pliego de modificaciones propuesto para el segundo debate, solamente se encontró la siguiente explicación en las Gacetas del Congreso de la República: Durante la discusión y votación del proyecto en la Plenaria del Senado, surgió la necesidad de separar y excluir de la votación en bloque que se estaba haciendo, algunos artículos respecto de los cuales existían diferencias entre los senadores, o frente a los cuales se habían presentado proposiciones modificatorias o sustitutivas, con el fin de que tales normas fueran revisadas y discutidas por una subcomisión, a la cual se le asignó el encargo de llegar a un “*acuerdo político*” sobre el contenido y el texto de las mismas y presentar un informe a la Plenaria. Dentro de dicho grupo de disposiciones se incluyó el artículo 1º, junto con otros 24 artículos¹⁸⁸.

La citada subcomisión presentó su informe a la Plenaria del Senado ese mismo día, manifestando que “*hemos llegado a un acuerdo en la totalidad de los artículos que se habían separado*”. Con relación al artículo 1º del proyecto, la única explicación que se dio fue la siguiente: “*En el artículo 1º, Presidente, voy a leer uno a uno, se propone una proposición supresiva (sic) en el sentido de suprimir la expresión así como sus equivalentes en otras jurisdicciones ...*”. (Se resalta)¹⁸⁹.

Dicho informe se sometió a consideración del Senado en pleno, junto con el nuevo texto de los artículos que habían sido previamente separados, los cuales fueron aprobados por mayoría en segundo debate¹⁹⁰.

De esta forma, la expresión “*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*” desapareció del artículo 1º del proyecto de ley, y dicha frase no se volvió a incluir en el texto del proyecto ni a discutir durante todo el trámite legislativo.

El recuento efectuado permite observar que si bien la supresión de la citada expresión correspondió a una decisión política consciente o deliberada del legislador, no se dejó constancia de las razones de fondo que justificaron su eliminación.

¹⁸⁸ Gaceta del Congreso N° 77, año XX, del 10 de marzo de 2011, página 35.

¹⁸⁹ Ídem, página 76.

¹⁹⁰ Ídem, página 80.

Debido a lo anterior y a las razones adicionales que a continuación se explican, la Sala considera que la interpretación adecuada de dicha norma es aquella conforme a la cual la respectiva inhabilidad puede seguirse aplicando a las personas que sean declaradas responsables por la comisión de cualquiera de esos delitos por un juez extranjero:

(i) Debe recordarse que la equivalencia entre los citados delitos y los delitos similares establecidos en otras jurisdicciones, fue una decisión adoptada por el legislador desde el año 2007, con la Ley 1150, en armonía con el artículo 122 de la Constitución Política, disposición que se encontraba prevista también en el proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 1474 de 2011, presentado por el Gobierno Nacional.

Se trata, por tanto, de una norma jurídica o regla de derecho incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2007. En relación con este punto, la Sala considera necesario distinguir entre la norma jurídica o regla de derecho, como postulado ético (deber ser) de carácter obligatorio que refleja la voluntad del legislador en determinado sentido, y el texto del artículo o los artículos en donde dicha norma o regla se plasme. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad del legislador debe quedar consignada por escrito y publicarse, para que sea obligatoria, no puede confundirse la norma o regla de derecho, que representa la decisión adoptada por el legislador en cierto sentido, con el lugar y la forma en las cuales dicha decisión quede escrita, pues una misma norma o regla puede escribirse de muchas maneras, es decir, con diferentes palabras y formas o giros idiomáticos, y estar contenida en un solo artículo de cierta ley, en una parte del mismo, en varios artículos de la misma ley o, incluso, en artículos de leyes diferentes. Como lo sostiene García Máyne¹⁹¹:

"(...) Si aplicamos las anteriores ideas al caso especial de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar ésta es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los "artículos" de los Códigos.

Pero la expresión puede hallarse constituida, en su aspecto físico, por palabras habladas, e incluso por signos de otra especie (flechas indicadoras, señales luminosas, ademanes, etc.).

Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación".

¹⁹¹ E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa S.A. 1989, Página 327.

En esa medida, la Sala se pregunta: ¿la supresión de la frase "*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*", en el texto del literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, implica que se ha eliminado la regla de derecho conforme a la cual la inhabilidad consagrada en ese literal es aplicable también cuando la responsabilidad por delitos allí indicados sea declarada por una jurisdicción extranjera?

La Sala considera que no, porque, aparte de la expresión omitida, la norma jurídica o regla de derecho señalada puede deducirse de otras disposiciones y principios constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia.

Asimismo, la eliminación de la citada norma exigiría un proceso transparente, explícito y deliberativo por parte del legislador, en el que se dejara constancia clara y expresa sobre la voluntad del Congreso de la República en ese sentido y, especialmente, sobre los motivos, justificaciones o razones jurídicas o de conveniencia que fundamentaran ese cambio, así como de su relación con los objetivos perseguidos con el respectivo proyecto de ley.

Sin embargo, tal como se ha demostrado, la historia legislativa del proyecto que se convirtió en la Ley 1474, se muestra completamente huérfana de tales explicaciones o justificaciones, de forma tal que resulta imposible para el intérprete saber con certeza si la supresión de la expresión "*así como sus equivalentes en otras jurisdicciones*" se debió a la decisión del legislador de reducir o limitar efectivamente el alcance de la citada inhabilidad o, por el contrario, a la simple intención de simplificar la redacción de la norma o, incluso, de solucionar ciertos aspectos que podían resultar difíciles o problemáticos en la aplicación del texto normativo anterior, como el de establecer a qué autoridad y de qué forma le corresponde hacer la equivalencia entre los delitos citados expresamente en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 y los delitos conocidos por otras jurisdicciones.

Por lo tanto, la Sala considera que de la eliminación de la citada frase dentro del trámite del proyecto de ley que se materializó con la Ley 1474 de 2011, no puede inferirse, en forma mecánica y simplista, que se suprimió también la regla de derecho consistente en que la inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 se aplica igualmente a los delitos equivalentes cometidos y juzgados en otras jurisdicciones, pues, como se indicó, no se conocen las razones por las cuales se efectuó dicha modificación, y aquella norma puede deducirse de otras disposiciones constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos por Colombia para prevenir y combatir la corrupción en la administración pública, como más adelante se verá.

(ii) Por otro lado, si se acogiera la interpretación según la cual fue voluntad del legislador limitar la inhabilidad que se comenta a los delitos investigados y juzgados en Colombia, tal entendimiento resultaría abiertamente opuesto a los propósitos que se persiguieron con la Ley 1474, tal como quedó consignado expresamente en la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional y en las diferentes ponencias. En efecto, la finalidad principal que se persiguió con este proyecto de ley fue la de *“introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige, propendiendo [por] subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente”*¹⁹². Asimismo, se trató de armonizar nuestra legislación, en los temas relacionados con la corrupción, con estándares internacionales consagrados en diversos tratados suscritos por Colombia sobre la materia y en las legislaciones de algunos países desarrollados. Por ejemplo, en la exposición de motivos se puede leer¹⁹³:

*“G. Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagradas en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presenten características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones...
(...)”*

*H. Se realiza una serie de modificaciones para armonizar la legislación nacional con las convenciones internacionales, mejorar la técnica legislativa de algunas disposiciones y agravar algunas penas.
(...)”*

Se modifica el sujeto activo de la conducta del delito [de soborno] transnacional, en el sentido previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual no se establece que este sea calificado como lo es en nuestra legislación. Asimismo, se incluye a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas entre quienes pueden ser objeto de soborno a cambio de realizar u omitir cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial...”

Igualmente, en el informe de ponencia para cuarto debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, se explicó así el objetivo general perseguido con este proyecto de ley¹⁹⁴:

“Objeto del proyecto

“La iniciativa objeto de estudio busca dotar al Estado de herramientas eficaces para luchar decididamente contra el flagelo de la corrupción. En ese

¹⁹² Gaceta del Congreso N° 607, año XIX, del 7 de septiembre de 2010, página 16.

¹⁹³ Ídem, páginas 18 y 19.

¹⁹⁴ Gaceta del Congreso N° 128, año XX, del 30 de marzo de 2011, página 1.

orden de ideas el proyecto está dividido en varios capítulos que abordan distintos elementos de lo que debe ser una política integral en la materia". (Se destaca).

Como se observa, si la finalidad principal perseguida con el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011 fue la de fortalecer la lucha contra la corrupción, para lo cual se buscó actualizar y armonizar la legislación nacional con lo dispuesto en los tratados internacionales y en la normatividad de otros países, resultaría completamente ilógico e inexplicable concluir que mediante dicha ley el Congreso de la República decidió reducir y limitar a un ámbito netamente doméstico el alcance de la inhabilidad que ya consagraba, con carácter global, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007.

(iii) La interpretación según la cual la inhabilidad consagrada en el artículo 8° numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993 comprende igualmente las condenas penales impuestas en otras jurisdicciones por conductas que son calificadas en Colombia como "delitos contra la Administración Pública" o "soborno transnacional", armoniza igualmente con lo dispuesto en normas constitucionales y en algunos tratados internacionales suscritos por el Gobierno de Colombia y aprobados por el Congreso en materia de lucha contra la corrupción.

En efecto, vale la pena reiterar que el artículo 122 de la Carta Política, tal como fue modificado por los Actos Legislativos Nos. 1 de 2004 y 1 de 2009, contiene una inhabilidad para contratar con el Estado en cabeza de aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos que lesionen el patrimonio público, así como por aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico en Colombia o en el exterior. El texto resaltado permite observar cómo es directamente la Constitución la que establece que la declaración de responsabilidad penal por la comisión de ciertos delitos en el exterior, y no solamente dentro del país, genera inhabilidad para contratar con el Estado.

Aunque esos delitos son distintos de los mencionados actualmente en el artículo 8°, numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, no hay duda de que esta última norma fue expedida con fundamento y en desarrollo del citado canon constitucional (aunque lo haya contrariado parcialmente, según lo declarado por la Corte Constitucional), así como de varios tratados internacionales suscritos por Colombia.

En lo que concierne a estos últimos, vale la pena recordar, por ejemplo, lo señalado en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la

Corrupción, en el sentido de que dicho fenómeno “...tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente”, y lo previsto en el artículo II del mismo tratado, cuando expresa que uno de sus objetivos es el de “promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (Se destaca).

Motivaciones y propósitos similares se hallan en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual vale la pena resaltar, además, lo dispuesto en sus artículos 26 y 34 (transcrito con anterioridad), por su mayor concreción, pertinencia y cercanía con el tema que se consulta. La primera de las normas citadas es del siguiente tenor:

“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas.

- 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.*
- 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.*
- 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.*
- 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.*

Y el artículo 34, como se recordará, permite a los Estados parte adoptar las medidas necesarias para “*eliminar las consecuencias de los actos de corrupción*”, incluyendo la consideración de dicho fenómeno como “*un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva*”.

Merece la pena recordar que esta convención fue aprobada por el Congreso pocos años antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, de lo cual puede inferirse que lo previsto en ese tratado fue tenido en cuenta por el legislador al momento de aprobar el artículo 18 de la citada ley, mediante el cual se estableció como causal de inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas la comisión de ciertos delitos en Colombia o en el exterior que son calificados en el citado convenio como actos de “corrupción”, entre ellos el soborno transnacional.

Y finalmente, los artículos 2º y 3º, numeral 4º de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 2º.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES.

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

ARTÍCULO 3º.

SANCIONES.

(...)

4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero". (Negrillas del original; subrayas fuera del texto).

La Sala reitera que ninguna de las disposiciones de las convenciones mencionadas establece que las sentencias penales dictadas por los jueces de un Estado parte, por delitos relacionados con la corrupción, tengan efectos jurídicos vinculantes y directos en los otros Estados partes, pero sí facultan y, más aun, instan a cada uno de dichos Estados para establecer en sus propias jurisdicciones sanciones adecuadas y eficaces para prevenir y castigar dichas conductas, en el campo penal, civil y administrativo, incluyendo las personas jurídicas o "morales" que de una u otra forma puedan ser consideradas también responsables de dichas conductas. En esa medida, los citados instrumentos internacionales constituyen una valiosa herramienta para la interpretación y la integración de las normas jurídicas nacionales y, en este caso particular, para develar la verdadera inteligencia de lo dispuesto en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993.

(iv) Finalmente, resulta importante señalar que el Código Penal reconoce, por regla general, la validez y la eficacia de las sentencias penales dictadas en el extranjero. A este respecto, el artículo 17 *ibídem* dispone, en lo pertinente:

Artículo 17. Sentencia extranjera. La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales.

No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2. (...). (Se resalta)¹⁹⁵.

La Sala resalta que el reconocimiento de las sentencias penales dictadas por otras jurisdicciones, que hace el artículo 17 del Código Penal, con las excepciones que la misma norma indica, en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Penal, es "*para todos los efectos legales*", entre los cuales se hallan los procesos de contratación y los contratos de las entidades estatales, y no solamente para efectos de la aplicación de las normas penales y de procedimiento penal.

Por todas las razones expresadas, la Sala considera que la inhabilidad prevista en la norma citada, aun después de la modificación realizada en su texto por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y de la declaratoria de inexecutable parcial efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2012, se presenta no solamente cuando los jueces nacionales declaran la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra la administración pública o el soborno transnacional, sino también cuando la responsabilidad por los mismos delitos es declarada por jueces extranjeros, por conductas cometidas total o parcialmente en el exterior.

La Sala no soslaya las dificultades prácticas que tal solución plantea, como la definición de los delitos que en el extranjero correspondan a los mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80, la manera de acreditar en el país la responsabilidad penal declarada por una autoridad judicial extranjera, el esclarecimiento de la relación que exista entre la persona natural condenada y la sociedad de la cual se afirma que es socia, la determinación de cuál es la matriz de dicha sociedad y cuáles son sus subordinadas, para establecer la relación que finalmente exista entre la persona natural condenada en el exterior y la sociedad que se encuentre participando en un

¹⁹⁵ Es necesario aclarar que los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2 del Código Penal, a los cuales remite la norma citada, se refieren, en su orden a: (i) la persona que cometa un delito a bordo de una nave o aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional, y a quien cometa un delito a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional que se halle en altamar, si no se ha iniciado la acción penal en el exterior; (ii) la persona que cometa en el extranjero un delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social, excepto la conducta definida en el artículo 323 del mismo código (lavado de activos), contra la administración pública, quien falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelto o condenado en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana, y (iii) quien cometa un delito en el extranjero estando al servicio del Estado colombiano o gozando de inmunidad reconocida por el derecho internacional.

proceso de contratación en Colombia, o que haya suscrito un contrato con alguna entidad pública del país.

Sin embargo, ninguna de las dificultades sería suficiente para concluir, en contravía de la intención expresa e inequívocamente manifestada por el legislador al momento de expedir la Ley 1150 de 2007, de lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 122 y de los compromisos asumidos por el país en virtud de los tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia en materia de lucha contra la corrupción, que la citada causal de inhabilidad deba limitarse a un ámbito meramente local, es decir, que solo se aplique frente a sentencias condenatorias dictadas por jueces colombianos en relación con alguno de los delitos señalados en la norma citada.

Por último y para evitar confusiones, es importante aclarar que el delito denominado “soborno transnacional”, al cual se refieren tanto los tratados internacionales como la citada disposición legal, está tipificado hoy en día en el artículo 433 del Código Penal (tal como fue modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011), en los siguientes términos:

“Artículo 433. Soborno transnacional. El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo: Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Como se observa, este delito puede ser cometido dentro o fuera del país, pero resulta indispensable para su tipificación que el funcionario a quien se dé u ofrezca un beneficio o utilidad sea un “*servidor público extranjero*”, tal como aparece definido dicho concepto en el parágrafo de la misma norma, en armonía con el artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en el artículo 1º de la Convención de la OCDE sobre Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros. Por lo tanto, no podría incurrir en dicho delito, sino en otros (como el cohecho por dar u ofrecer, previsto en el artículo 407 del Código Penal), el colombiano que dé u ofrezca alguna prebenda a un servidor público nacional, con la finalidad de que cumpla cualquiera de sus

funciones o se abstenga de hacerlo. Tampoco podría incurrir en este delito el extranjero que soborne o intente sobornar a un servidor público de su propio país, pues en dicho caso estaría incurrido en alguno de los delitos que consagra la legislación penal de ese Estado, y debería ser investigado y juzgado por su propia jurisdicción.

Así, aunque el "soborno transnacional" que consagra el Código Penal colombiano y los tratados internacionales referidos, es un buen ejemplo de la aplicación extraterritorial de la ley penal colombiana, pues la Fiscalía y los jueces colombianos pueden investigar y juzgar en este caso conductas que pueden haberse realizado completamente en el exterior, la Sala entiende que no es esta la situación que suscita la presente consulta, pues es claro que cualquier persona natural que sea condenada por la justicia colombiana por haber incurrido en el delito de "soborno transnacional", así como las sociedades en las que aquella sea socia, sus matrices y subordinadas (filiales y subsidiarias), quedarían inhabilitadas para contratar con cualquier entidad pública del país durante un período de veinte (20) años.

En cambio, el supuesto de hecho que da lugar a la consulta se refiere al de una persona natural, que puede ser colombiana o de otra nacionalidad, que sea declarada responsable por la justicia de otro país, por la comisión de alguno de los delitos que en Colombia son considerados contra la administración pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional. Sería el caso, para citar un ejemplo, de una persona natural que fuera condenada judicialmente en el Estado XX (diferente de Colombia), por la comisión del delito de cohecho o de peculado en ese país o en cualquier otro país del mundo distinto del nuestro.

3. El artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993

La otra norma citada en la consulta es el artículo 58, numeral 6º de la Ley 80 de 1993. Para su correcto entendimiento, la Sala considera necesario transcribir dicho artículo en su integridad:

"Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilitaciones señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

1o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2o. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3o. *En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.*

4o. *En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria¹⁹⁶.*

5o. *En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.*

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

6o. *En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual*". (Subrayas ajenas al texto).

Como se observa, el numeral 6º contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

¹⁹⁶ La Corte Constitucional, en la sentencia C-004 de 1996, manifestó que esta norma debía entenderse derogada tácitamente y de forma parcial por la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior), en cuanto a la facultad que otorgaba a la autoridad competente para suspender al servidor público contra el cual se hubiera dictado pliego de cargos.

(i) En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

Es importante aclarar que la Sala, sin perjuicio de la naturaleza provisional que caracteriza a todas las medidas cautelares, entiende la expresión "medida de aseguramiento en firme" como la medida que ha adquirido firmeza porque no se presentaron los recursos correspondientes o porque se presentaron y fueron resueltos en el sentido de confirmarla.

(ii) En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

(iii) Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual.

Ahora bien, para la correcta interpretación de esta norma es necesario, en primer lugar, ubicarla en el contexto de la Ley 80 de 1993. El artículo 58 forma parte del capítulo V de la citada ley, intitulado "*De la responsabilidad contractual*", dentro del cual se regula, entre otros temas, la responsabilidad de las entidades estatales (artículo 50), la responsabilidad de los servidores públicos (artículo 51), la responsabilidad de los contratistas (artículo 52), la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores (artículo 53), la acción de repetición (artículo 54), la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal (artículo 56), las sanciones (artículo 58) y el contenido de los actos sancionatorios (artículo 59).

Es evidente, por lo tanto, que el objeto de dicho capítulo es regular, en general, la responsabilidad jurídica patrimonial (civil y del Estado) y sancionatoria (penal y disciplinaria) de todas las personas naturales o jurídicas que participan en la actividad contractual, desde el inicio del proceso de selección hasta la terminación y liquidación de los contratos, pasando por su celebración y ejecución. Dentro de dichas personas se incluyen las entidades estatales, sus servidores públicos, los contratistas, los interventores, los consultores y los asesores.

El numeral 6º del artículo 58 se relaciona, en particular, con la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas contratistas y con la responsabilidad civil de las mismas. Por lo tanto, para el correcto

entendimiento de dicha disposición, es necesario tener en cuenta lo previsto en los artículos 52 y 56 de la Ley 80¹⁹⁷, así como en los demás apartes del mismo artículo 58.

Como puede deducirse claramente de las normas citadas (incluyendo el artículo 58), dichas disposiciones regulan la responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial de las personas naturales y jurídicas que intervienen en la actividad contractual de las entidades públicas colombianas, ya sea que se realice totalmente en Colombia o parcialmente en el exterior, tales como las entidades estatales, los contratistas, los interventores etc., responsabilidad que debe ser investigada y establecida por las autoridades judiciales y administrativas competentes, como la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Procuraduría General de la Nación, las unidades de control disciplinario interno de las diferentes entidades, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales etc., de acuerdo con las reglas de procedimiento que resulten aplicables.

Todas las normas mencionadas se refieren a la responsabilidad de quienes participen o intervengan en la actividad contractual. De acuerdo con el objeto que regula la Ley 80 de 1993 y con el principio de territorialidad de la ley colombiana, debe entenderse que se trata de la actividad contractual de las entidades estatales de Colombia, es decir, de los procesos de selección que las mismas desarrollen y de los contratos que celebren y ejecuten, bien sea con particulares o con otras entidades públicas. Específicamente, cuando tales disposiciones aluden a los contratistas, es evidente que se refieren a las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con entidades estatales colombianas, independientemente de la nacionalidad que tengan aquellas personas y de si los respectivos contratos se celebran en Colombia o en el exterior, o si se ejecutan total o parcialmente en Colombia, pues dichos preceptos no podrían referirse a los contratistas de otros Estados o de sus entidades públicas.

¹⁹⁷ "Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley."

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

Por lo tanto, es necesario partir de que las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 se refieren, en principio, a situaciones ocurridas en el país (incluyendo las respectivas decisiones judiciales y administrativas) y que solo tienen efectos dentro de las fronteras nacionales, a menos que la ley extranjera o los tratados internacionales les otorguen otros efectos¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Específicamente en relación con las causales de inhabilidad contenidas en el numeral 6º de dicha norma, que, tal como se advirtió, son tres, no puede entenderse válidamente que la primera de ellas se presente por el hecho de que el representante legal de una persona jurídica de derecho privado que participe en un proceso de contratación en Colombia sea objeto de una medida de aseguramiento dictada en el exterior por un juez de otro país. Lo mismo debe concluirse de la inhabilidad de diez (10) años que se generaría por el hecho de que el citado representante legal sea condenado judicialmente por los delitos que se le imputen. Es decir, para que tal inhabilidad se presente, se requiere, en principio, que la sentencia penal condenatoria sea dictada por un juez colombiano y se relacione directamente con hechos u omisiones presentados en desarrollo de su actividad contractual frente a alguna entidad pública colombiana.

Si no fuera así y pudiera concluirse, de manera general, que cualquier medida de aseguramiento o cualquier sentencia penal condenatoria dictada en el exterior contra una persona natural que funja como representante legal de una persona jurídica que participe en procesos de contratación o haya celebrado contratos en Colombia, por cualesquiera asuntos relacionados con la celebración o ejecución de contratos en el exterior, genere las inhabilidades previstas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se estaría dando un alcance extraterritorial a la ley colombiana (en este caso a la Ley 80, en cuanto a los supuestos fácticos que generan las inhabilidades), o un alcance extraterritorial a la ley extranjera en Colombia (en cuanto a los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por jueces foráneos), ninguno de los cuales se encuentra previsto en las normas legales que se analizan ni en los tratados internacionales vigentes para Colombia en materia de lucha contra la corrupción.

Por otro lado, si este fuera el entendimiento de las citadas causales de inhabilidad, la coherencia que debe guardarse en la interpretación de las normas jurídicas exigiría utilizar la misma hermenéutica y llegar a similares conclusiones en relación con las otras inhabilidades previstas en el mismo numeral y en otras partes del artículo 58 de la Ley 80 de 1993.

Así, por ejemplo, habría que concluir que la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable en el exterior, por un juez o un tribunal de arbitramento extranjero, por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en otro país y frente a otro Estado, quedaría también inhabilitada por un término de 10 años para participar en procesos de contratación y celebrar contratos con entidades estatales colombianas (parte final del numeral 6º del artículo 58).

Igualmente quedarían inhabilitados para los mismos efectos y por el mismo tiempo, los servidores públicos extranjeros que sean declarados responsables civil o penalmente en sus respectivos países y por las autoridades competentes de estos, por la realización de cualesquiera delitos o hechos dañosos en sus propios Estados y contra los intereses de los mismos (artículo 58, numeral 3º).

O las entidades públicas colombianas que tuvieran conocimiento de una medida de aseguramiento dictada contra un particular en el exterior por un juez de otro país, por acciones u omisiones relacionadas con la actividad contractual de esa persona en dicho país, tendrían que informar sobre tal circunstancia a las cámaras de comercio colombianas, para que estas procedieran a inscribir la medida en los registros que administran (artículo 58, numeral 5º).

En apoyo de lo anterior, es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con la inhabilidad contenida en el artículo 8, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, a la cual se ha hecho referencia, en el caso de las inhabilidades consagradas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, no hay elementos de juicio en la historia legislativa de esa disposición ni en los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, que permitan concluir que tales causales de inhabilidad son aplicables frente a medidas de aseguramiento, sentencias penales y civiles u otros hechos ocurridos en el exterior y sin ninguna vinculación directa con el Estado colombiano.

Ahora bien, en cuanto hace relación a la posibilidad de que la medida de aseguramiento o la sentencia sea proferida por un juez extranjero, la Sala reconoce que en virtud de la internacionalización del derecho penal, especialmente en relación con ciertos delitos que se consideran perjudiciales para los intereses de la comunidad internacional, como el narcotráfico, el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito y otras conductas calificadas como actos de corrupción, de lo cual constituyen un vivo ejemplo los tratados internacionales mencionados en este concepto, y de la globalización de la economía, es posible que un hecho ilícito cometido por un nacional domiciliado, domiciliado o que se encuentre en tránsito en otro país, o por un extranjero, en relación con la actividad contractual de las entidades públicas en Colombia, sea investigado y juzgado por una autoridad judicial extranjera.

Este sería el caso, para citar un ejemplo, de un extranjero a quien se le imputara en su país de origen, de domicilio o de residencia el delito de "soborno transnacional", por el hecho de haber dado u ofrecido alguna prebenda o beneficio a un servidor público colombiano, para lograr la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal del país, o para obtener alguna otra ventaja en un proceso de selección o en un contrato.

En dichos eventos, no resultaría válido concluir, invocando el principio de territorialidad de la ley colombiana, que la medida de aseguramiento en firme que se le dicte o la condena penal que se le llegue a imponer en otro país, no tenga efecto alguno en Colombia, cuando dicho nacional o extranjero funja como representante legal de una persona jurídica que se encuentre

Lo absurdo de estos ejemplos y la imposibilidad práctica que existiría para su aplicación, refuerzan la consideración de que no puede darse efectos extraterritoriales generales al artículo 58 de la Ley 80 de 1993 ni a otras disposiciones que se relacionan con el mismo, pretendiendo hacer una simple equivalencia entre las medidas de aseguramiento dictadas por los jueces nacionales con las dictadas por los jueces extranjeros, las sentencias proferidas en Colombia con las sentencias y laudos arbitrales emitidos en el exterior, los contratistas de las entidades estatales colombianas con los contratistas de otros Estados, o la actividad contractual de las personas naturales y jurídicas en Colombia con la actividad contractual de las mismas personas en el exterior.

participando en un proceso de contratación o haya celebrado un contrato con la Nación o con otra entidad pública colombiana, pues el supuesto de hecho sobre el cual se basa este conjunto de normas de la Ley 80 de 1993 (incluyendo el artículo 58, numeral 6º), consiste en que las decisiones de las autoridades judiciales competentes se adopten en virtud de hechos u omisiones que se imputen a ciertas personas en relación con su actuación contractual, la cual, como ya se explicó, debe entenderse referida necesariamente al Estado colombiano (dentro o fuera del país).

Recuérdese, además, que el artículo 17 del Código Penal reconoce, de forma general y con las excepciones previstas en la misma norma, la validez y la eficacia de las sentencias penales (absolutorias o condenatorias) dictadas en el extranjero, "*para todos los efectos legales*", tal como se explicó en relación con la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993¹⁹⁹.

La Sala considera que sostener que la inhabilidad descrita no pueda generarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria sea dictada por jueces extranjeros, aunque se refiera a hechos delictivos cometidos en Colombia o en el exterior pero relacionados directamente con la actividad contractual del Estado colombiano, supondría hacer una aplicación extrema del principio de territorialidad, que omitiría la existencia de elementos internos o nacionales en la situación que se describe, como la afectación que tales conductas producen a los intereses legítimos del Estado colombiano, desconocería los valores y las finalidades que se busca proteger perseguidas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y vulneraría el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que por los mismos hechos, que afectan en igual grado los intereses jurídicos del Estado colombiano, algunas personas jurídicas quedarían inhabilitadas para contratar con él y otras no, sin que existiera una razón suficientemente válida y convincente para justificar ese trato diferencial.

¹⁹⁹ Vale la pena aclarar, sin embargo, que la misma disposición legal, en armonía con lo preceptuado en los artículos 15 y 16 *ibidem*, establece algunos delitos en los cuales las sentencias penales dictadas en el exterior (ya sea absolutorias o condenatorias) no tienen efectos de cosa juzgada en el país, bajo el entendido de que tales delitos pueden y deben ser investigados y juzgados también por las autoridades judiciales colombianas, evento en el cual prevalecerían las decisiones que sean adoptadas por tales autoridades. En dichos casos, entonces, las entidades estatales contratantes tendrían que sujetarse a las actuaciones que realicen la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales, y atenerse a lo que las mismas autoridades decidan, para determinar la procedencia o no de esta causal de inhabilidad.

Por tales razones debe admitirse que, excepcionalmente, estas causales de inhabilidad pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman). Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

La Sala es consciente de que la aplicación de la causal referente a las medidas de aseguramiento adoptadas por funcionarios judiciales extranjeros, en los casos descritos, puede enfrentar algunas dificultades prácticas, debido principalmente a que tales decisiones forman parte del procedimiento penal y, en últimas, de la política criminal de cada Estado, por lo que la legislación de cada país es la llamada a establecer lo que se entiende por medidas de aseguramiento u otras instituciones equivalentes, los tipos o clases de medidas que pueden adoptarse, su procedencia dentro de la investigación o el proceso penal, el momento y la forma en que tales providencias quedan en firme, su vigencia y la manera de revocarlas o modificarlas, etc.

No obstante, en cada caso concreto, la existencia de tales decisiones, la firmeza de las mismas y su compatibilidad o equivalencia con las medidas de aseguramiento previstas en el Código de Procedimiento Penal colombiano, habrán de establecerse dentro de la actuación administrativa que lleven a cabo las entidades estatales con el fin de declarar la existencia de la respectiva inhabilidad y determinar sus efectos jurídicos, para lo cual deberá hacerse uso de los instrumentos de colaboración internacional que han sido explicados en precedencia, así como de los medios de prueba que regula el Código de Procedimiento Civil, por la remisión que hace al mismo el CPACA.

Por las razones anteriores debe admitirse que, excepcionalmente, las dos primeras causales de inhabilidad contenidas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tales decisiones se fundamenten en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman).

Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad.

No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas.

Finalmente, puede sostenerse algo similar a lo que se ha explicado, en relación con la tercera causal de inhabilidad consagrada en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80, en armonía con la parte final del numeral 3º del mismo artículo. En efecto, de acuerdo con dichas normas, quedan inhabilitadas para contratar con el Estado por un periodo de 10 años las personas naturales o jurídicas que sean declaradas responsables civilmente por hechos u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual en Colombia o frente al Estado colombiano, lo cual exige, en principio, que dicha declaratoria de responsabilidad sea hecha por un juez o un tribunal de arbitramento nacional. Sin embargo, excepcionalmente, dicha inhabilidad puede darse cuando la declaratoria de responsabilidad sea efectuada por un tribunal de arbitramento internacional o extranjero, en virtud de una cláusula compromisoria que se haya estipulado válidamente en esos términos en un contrato estatal, e incluso, por un juez extranjero, si la entidad pública contratante ha decidido acudir a esa autoridad para declarar la responsabilidad del contratista, por encontrarse este domiciliado en otro país, o por haberse ejecutado el contrato en el exterior, o por otras circunstancias

semejantes. Lo importante, en tales casos, es que la declaratoria de responsabilidad se refiera a hechos u omisiones relacionados directamente con la actividad contractual de la respectiva persona natural o jurídica contratista frente al Estado colombiano.

En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que las causales de inhabilidad mencionadas en la consulta y previstas en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se presentan cuando un juez colombiano dicta medida de aseguramiento en firme o sentencia penal condenatoria en firme contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado (sin importar la nacionalidad de ninguno de ellos), por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (incluyendo todas sus entidades, órganos y organismos); pero excepcionalmente pueden darse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a la misma se relacionen directamente con la actividad contractual realizada por la persona natural investigada o condenada frente al Estado colombiano (en Colombia o en el exterior), y la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales colombianos no hayan avocado la investigación o el conocimiento de los mismos hechos.

4. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011

Esta norma dispone lo siguiente:

"Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público". (Subraya la Sala).

La norma transcrita, junto con aquellas que le resultan concordantes, de índole penal y administrativo²⁰⁰, no consagran causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad para contratar con las entidades públicas.

Lo que dichas normas establecen es: (i) Por una parte, la facultad que se otorga a los jueces penales (colombianos) para que, en desarrollo de los procesos judiciales que lleven a cabo, puedan adoptar determinadas medidas transitorias (suspensión) o definitivas (cancelación) contra las personas jurídicas o los establecimientos de comercio respecto de los cuales existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Tales medidas pueden adoptarse contra las personas jurídicas que “se hayan buscado beneficiar” de la comisión de delitos contra la administración pública o contra el patrimonio público, cometidos por sus representantes legales o administradores; y (ii) en segundo lugar, la potestad que se asigna a la Superintendencia de Sociedades para

²⁰⁰ La Ley 906 de 2004 contiene el Código de Procedimiento Penal que se aplica a la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos después del 1º de enero de 2005 (artículo 533). El artículo 91 forma parte del título II (“Acción penal”), capítulo II (“Comiso”) dispone:

“Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”. (Se resalta).

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

“Artículo 86. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control.*
- 2. Dar apoyo en los asuntos de su competencia al sector empresarial y a los demás organismos del Estado.*
- 3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.*
- 4. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de los hechos relacionados con la dirección, administración o fiscalización de las sociedades, de acuerdo a lo previsto en la ley.*
- 5. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley.*
- 6. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar.*
- 7. (Modificado por el artículo 151 del Decreto 19 de 2012). Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad...*
- 8. Las demás que le asigne esta ley”. (Subrayas fuera del texto).*

que imponga multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando una sociedad *"haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público"*, con el consentimiento o la tolerancia de su representante legal o de alguno de sus administradores.

Como se aprecia claramente, las medidas preventivas y sancionatorias mencionadas, incluyendo la cancelación de la personería jurídica de las sociedades, solamente pueden ser adoptadas por los jueces penales colombianos o por la Superintendencia de Sociedades, según el caso, en el curso de los procesos judiciales y de las actuaciones administrativas que desarrollen, de acuerdo con las normas de procedimiento que resulten aplicables.

Resulta evidente, por lo tanto, que tales disposiciones legales no permiten de ninguna manera que la Nación o cualquier otra entidad pública colombiana que intervenga como contratante en un proceso de contratación o en un contrato, suspenda o cancele la sucursal de una sociedad extranjera, ni la personería jurídica de una sociedad colombiana que sea subordinada de una extranjera, ni mucho menos, la personería jurídica de una sociedad extranjera, por el hecho de que la respectiva sociedad, su matriz, o los representantes legales o administradores de una u otra estuvieren siendo investigados o fueren, incluso, condenados en el exterior por su participación en delitos contra la administración pública u otras conductas similares.

Tales medidas solamente podrían ser adoptadas por un juez penal colombiano, en desarrollo de un proceso que se lleve a cabo dentro del país, aunque el afectado con las mismas sea la sucursal de una sociedad extranjera o una sociedad colombiana constituida en el país por una sociedad del exterior. Naturalmente, si una de dichas medidas llegare a decretarse por un juez colombiano y quedare en firme, la respectiva sociedad extranjera (por intermedio de su sucursal) o la sociedad subordinada colombiana, no podrían seguir participando en ningún proceso de contratación ni podrían celebrar y ejecutar un contrato con una entidad estatal, mientras se mantenga la medida dictada en su contra, pero no por el hecho de estar incursas en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, sino por la simple pero importante razón de encontrarse en suspenso su personería jurídica o de haberse cancelado la misma, lo cual les impediría celebrar cualquier acto jurídico, no solamente con las entidades estatales colombianas sino con cualquier otra persona de derecho público o privado.

5. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas.

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten autoridades penales del exterior, son las siguientes:

- (i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).
- (ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

- (i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

- (ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.
- (iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.
- (iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

En este orden de ideas, la siguiente matriz resume lo expuesto por la Sala sobre la interpretación y aplicación de las citadas causales de inhabilidad:

Supuesto de hecho Artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Declaratoria judicial de responsabilidad por "delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos".	Colombiana o extranjera	Persona natural que resulte condenada. Sociedades en las cuales sea socia (incluye sucursales). Sociedades matrices y subordinadas de aquellas. Salvo sociedades anónimas abiertas	Veinte (20) años, salvo que el delito afecte el patrimonio del Estado colombiano (caso en el cual la inhabilidad es permanente)

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (primera causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Haberse dictado "medida de aseguramiento en firme" al representante legal de una persona jurídica de derecho privado por "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" (frente al Estado colombiano).	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la medida de aseguramiento (incluye sucursales)	El mismo tiempo de duración de la medida de aseguramiento.

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (segunda causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Sentencia condenatoria (en firme) contra el representante legal de	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido	Diez años

una persona jurídica de derecho privado por "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" (frente al Estado colombiano)		representante legal la persona natural afectada con la condena penal (incluye sucursales)	
---	--	---	--

6. Comentarios a una sentencia reciente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acerca de las condenas proferidas por autoridades judiciales extranjeras y sus efectos para configurar una inhabilidad en Colombia.

La Sección Tercera del Consejo de Estado estudió la validez de un acto administrativo por medio del cual la Comisión Nacional de Televisión declaró la caducidad de un contrato de concesión²⁰¹ con base en diferentes argumentos, entre los cuales se encontraba la circunstancia consistente en que el representante legal y accionista del concesionario había sido condenado en los Estados Unidos de América a "una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína", lo que constituía una inhabilidad.

En la sentencia se analizó la prueba suministrada para el efecto a la entidad contratante, es decir, una certificación expedida por "Ministerio de Relaciones Exteriores – Coordinador de Grupo de Asistencia a Connacionales y Promoción de Comunidades Colombianas en el Exterior", donde se precisó el delito por el cual fue condenado el representante legal y accionista del concesionario, la duración de la condena y la fecha hasta la cual se extendió la condena, de acuerdo con la información remitida para el efecto por el consulado colombiano en el extranjero.

Con base en esta prueba, la Sección Tercera, en el mismo sentido en el que lo dispuso la entidad contratante en el acto administrativo demandado, concluyó que el concesionario se encontraba inhabilitado para celebrar el contrato de acuerdo con el artículo 58 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 506 de 1999²⁰².

²⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

²⁰² "La Comisión Nacional de Televisión se abstendrá de adjudicar la correspondiente licitación u otorgar licencia, cuando en la sociedad o en la comunidad organizada interesada en la concesión tuviere participación, por sí o por interpuesta personas, una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo es causal de nulidad

En este asunto, lo dicho por la Sección Tercera encaja con la línea de pensamiento expuesta por la Sala y concuerda con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, artículo 122, inciso final, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, artículo 1 y por el Acto Legislativo 1 de 2009, artículo 4, pues prescribe que no podrán celebrar contratos con el Estado personalmente, o por interpuesta persona, *"quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior"*²⁰³.

En relación con la prueba recabada, en la sentencia referida se concluyó que *"configura un acto de fe pública y tiene el alcance de plena prueba"*, sin que resulte exigible el trámite del exequatur para efectos de acreditar en Colombia la causal de inhabilidad referida, *"por cuanto no se trata de ejecutar en Colombia una sentencia judicial proferida en el extranjero sino, simplemente, de demostrar el hecho de que X X había sido condenado a una pena privativa de la libertad por el delito de posesión con la intención de distribuir cocaína"*²⁰⁴.

En ese orden de ideas, la Sala ha considerado pertinente referir esta decisión judicial del Consejo de Estado, en la cual se ha dado validez a las sentencias condenatorias proferidas por autoridades judiciales extranjeras para configurar una inhabilidad en un contrato celebrado por una entidad estatal, aun cuando, como es evidente, se trata de supuestos fácticos y normativos que no guardan relación exacta con los términos de la consulta.

absoluta de la adjudicación de la licitación u otorgamiento de la licencia correspondiente. Cuando uno de los socios o partícipes de la sociedad o comunidad organizada beneficiaria de la concesión, hubiere sido condenado por alguno de los delitos mencionados en el inciso anterior, la sociedad o comunidad correspondiente perderá el contrato y la Comisión Nacional de Televisión procederá a terminarlo unilateralmente. Si se tratare de licencia, la Comisión procederá a revocarla, sin que en éste último caso se requiera el consentimiento del titular de la concesión; sin que en ninguno de los casos hubiere derecho a indemnización alguna. Parágrafo:

²⁰³ La norma indica en el inciso siguiente: *"Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño."*

²⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, exp. n.º 39.622.

I. Consideraciones finales

El análisis realizado por la Sala acerca de las inhabilidades, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes y los instrumentos internacionales que procuran prevenir, sancionar y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, permite llegar a la conclusión de que los supuestos de hecho referidos en la consulta pueden resultar enmarcados dentro de algunas de las causales de inhabilidad consagradas en el régimen vigente.

No obstante, se advierte la deficiencia de las normas actuales para precisar ciertas hipótesis que en el ámbito de la lucha contra la corrupción deberían generar inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, así como también resulta evidente la falta de desarrollo legal suficiente para dar eficacia plena a los principios constitucionales y a los compromisos asumidos por Colombia en virtud de los instrumentos internacionales analizados en este concepto.

En el mismo sentido se encuentra la necesidad de establecer, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Colombia para la prevención y sanción de la corrupción, así como en atención a los acuerdos bilaterales de asistencia judicial y a cualesquiera otros instrumentos internacionales, una serie de protocolos, procesos y medidas en virtud de los cuales las autoridades nacionales competentes hagan viable y eficiente la aportación de pruebas provenientes del extranjero, en particular, de las providencias judiciales que pudieran tener efecto en la contratación estatal en Colombia para configurar supuestos de inhabilidad o incompatibilidad.

De conformidad con las consideraciones que anteceden, la Sala:

II. RESPONDE

1. *¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación, se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o*

incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿Cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que alguna de las conductas descritas sobrevenga durante el desarrollo del proceso de selección antes de la selección de contratista, con posterioridad a la aceptación de la oferta o a la firma del contrato o durante su ejecución? En caso contrario, ¿Explicar cuál sería el régimen aplicable?

Teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la pregunta y según las consideraciones expuestas:

- (i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).
- (ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

- (i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.
- (ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.
- (iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.
- (iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

No obstante, la circunstancia de que no se presente inhabilidad en estos casos, en manera alguna exime a las entidades estatales, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, de la obligación de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación.

Así, entre otras medidas podrían adoptar las siguientes:

- (i) En los estudios previos que sustentan la contratación: a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas;
- (ii) En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: a) exigir la suscripción de "*pactos o compromisos de integridad*" y de la "*declaración de origen de fondos*"; b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y c) señalar expresamente que uno de los

riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo;

- (iii) En las cláusulas contractuales: a) incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto.

Ahora bien, es posible que las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, sobrevengan durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución, caso en el cual deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 o en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, según el caso, en el sentido de que si la inhabilidad se presenta antes de la adjudicación se entenderá que el proponente renuncia a la propuesta; si acaece después de la adjudicación, se podrá revocar el acto; si sobreviene después del perfeccionamiento del contrato, cederá su posición contractual a un tercero, con autorización previa de la entidad.

Finalmente, cuando el régimen contractual de la entidad estatal colombiana sea excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, en los términos de la consulta, cuando quiera que se trate de *“una entidad del Estado colombiano con régimen privado de contratación”*, estará sometida en todo caso al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, en relación con dichas entidades, son aplicables las consideraciones y conclusiones expresadas en este concepto, incluyendo lo dicho en la presente respuesta.

2. *¿Se podría aceptar la oferta a un proponente que en este momento tiene una presunta investigación o una investigación penal en curso en un país*

extranjero? En el evento de que la respuesta sea negativa, ¿cuáles serían los fundamentos para no aceptar la oferta?

Sí. De acuerdo con las consideraciones expuestas en el concepto y en atención a la respuesta anterior, las normas legales colombianas y los convenios internacionales no prescriben que una investigación penal en curso en un país extranjero en contra de un proponente, su matriz o subsidiaria, o del representante legal, socio, miembro de junta directiva o apoderado constituya una causal para que la entidad estatal contratante se abstenga de aceptar la oferta de un proponente. Es decir, tales circunstancias no constituyen una causal de inhabilidad para que el Fondo Adaptación se abstenga de aceptar la oferta.

No obstante, en atención a los principios de transparencia, buena fe y precaución que vinculan a las entidades estatales, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, el Fondo Adaptación, con el propósito de identificar plenamente al proponente podrá pedir la información que considere necesaria, esto es, la calidad con la que actúa, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales y miembros de junta directiva, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general.

En el supuesto caso en el que se verifique que existe una investigación penal en el extranjero que involucra al proponente, se podrán incluir obligaciones en las cláusulas contractuales que amparen los riesgos que esta situación genera, en los términos dispuestos en la respuesta dada a la pregunta anterior, es decir, la exigencia de un reporte periódico sobre la situación del contratista, las cláusulas resolutorias expresas y las multas, frente a la presencia de actos de corrupción.

- 3. Siendo el Fondo Adaptación una Entidad Pública con régimen de derecho privado, ¿puede declarar la inhabilidad sobreviniente a un contratista, por un fallo en firme de una Entidad Jurisdiccional Extranjera? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿bajo qué instrumento jurídico se declararía esa inhabilidad, teniendo en cuenta el régimen privado de contratación?*

En los términos dispuestos en el concepto, especialmente en la respuesta a la primera pregunta en torno a la aplicación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad comprendidas en el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública en relación con las entidades que cuentan con un régimen contractual excepcional, los proponentes que formulen ofertas al Fondo Adaptación, así como quienes celebren contratos con esta entidad, están sujetos a tales causales de inhabilidad e incompatibilidad.

En efecto, el Fondo Adaptación, en su condición de establecimiento público, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera debe aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por la remisión expresa que diferentes normas hacen al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 (artículo 7 del Decreto 4819 de 2010; artículo 155, inciso 2 de la Ley 1753 de 2015; artículo 12 de la Resolución n.º 001 de 2012).

En ese orden de ideas, de forma congruente con lo absuelto en la respuesta a la primera pregunta, previa actuación administrativa en la que se respete y garantice el debido proceso, en concreto los derechos de defensa y contradicción, habrá lugar a que el Fondo Adaptación profiera una decisión por medio del funcionario competente para el efecto o de su delegado, en la cual determine que se ha configurado una inhabilidad sobreviniente, si durante el proceso de selección, o en el período comprendido entre la expedición de la decisión de adjudicación del contrato y la fecha de suscripción del contrato correspondiente, o después de su perfeccionamiento, sobreviene alguna de las siguientes hipótesis:

- (i) Una autoridad jurisdiccional extranjera profiere sentencia condenatoria, la cual deberá estar debidamente ejecutoriada, en contra de la persona natural que tiene la condición de proponente, adjudicatario o contratista, por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).
- (ii) Una autoridad jurisdiccional extranjera profiere sentencia condenatoria, la cual deberá estar debidamente ejecutoriada, o medida de aseguramiento en firme, en contra del representante legal

de una persona jurídica de derecho privado, nacional o extranjera, por hechos u omisiones en Colombia o en el exterior, siempre y cuando se refieran a su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

4. *¿Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?*

La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de la ONU contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción no establecen directamente inhabilidades para los proponentes ni para las sucursales de estos constituidas en Colombia, en lo que hace a contratar con el Estado, en caso de que se hayan visto envueltos en actos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública en otros países.

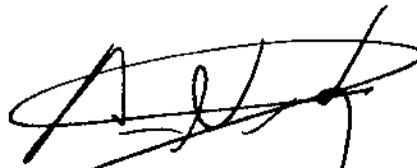
No obstante, la incorporación de los convenios internacionales de lucha contra la corrupción al ordenamiento interno colombiano, vincula a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal, y prevengan que esa actividad sea vehículo de actos de corrupción o se vea afectada por estos. Por último, debe subrayarse que sustentan la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal como se desprende de la argumentación desarrollada en este concepto.

5. *¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales avalados por el Estado colombiano para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?*

Los documentos e informaciones en los cuales se haga constar el contenido y la firmeza de las decisiones judiciales emitidas en el extranjero, pueden obtenerse con base en los instrumentos internacionales mencionados en este concepto, así como en las normas procesales y probatorias del derecho colombiano que resulten pertinentes. En el mismo sentido se procederá para obtener los antecedentes disciplinarios o fiscales provenientes del exterior que se requieran.

En efecto, los mecanismos de cooperación internacional analizados no están limitados exclusivamente al ámbito de investigación y juzgamiento penal, sino que pueden ser utilizados para obtener datos relevantes que incidan en las actuaciones administrativas contractuales (artículo 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 2 y 40 del CPACA; artículos 116, 251, 259, 260, 262 del CPC; artículos 243 y 251 del CGP; artículo 17 del Código Penal; artículos 427 y 485 del CPP y Ley 455 de 1998).

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

29 MAR. 2016

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 29 DE MARZO DE 2016.