

PROYECTO DE LEY NÚMERO _____ DE 2020

“Por medio del cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y otras disposiciones”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Introducción

La corrupción es un fenómeno multidimensional en el que participan todos los agentes de la sociedad, entre sus causas se ha resaltado la inestabilidad política, herencia colonial, falta de integridad, instituciones democráticas débiles, falta de eficiencia burocrática, entre otras.

En ese sentido, la lucha contra la corrupción no puede ser un trabajo individual y aislado; se necesita generar conciencia nacional, gerencia institucional, unidad de la sociedad civil, presencia de los medios de comunicación y una combinación de todas las herramientas que lamentablemente hoy parecen desarticuladas.

El articulado tiene en cuenta una pluralidad de fuentes de información que refuerzan el enfoque preventivo y de fortalecimiento institucional. De esta manera, el proyecto retoma iniciativas que propuso el Presidente de la República y la Vicepresidenta desde inicios del gobierno, como el proyecto Pedro Pasacio y el proyecto de Ley de Probidad impulsado junto con la Procuraduría General de la Nación; recomendaciones internacionales provenientes de convenios suscritos por Colombia, junto con una serie de iniciativas que han sido presentadas ante el Congreso de la República, pero no se han concretado en ley.

A su vez, desde el seno de la Comisión Nacional de Moralización y por instrucción de la misma a instancias del señor Presidente Iván Duque Márquez, se elaboró un articulado que integra las disposiciones antes señaladas y tiene en cuenta los comentarios de las entidades.

La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, en su función de Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Moralización, coordinó y organizó mesas de trabajo con los miembros permanentes de esta instancia y demás entidades que manifestaron su interés en participar y aportar a la construcción de dicha iniciativa legislativa.

Considerando lo anterior, se realizaron seis (6) mesas de trabajo conjuntas y tres (3) focalizadas y varias reuniones con cada una de las entidades. En este proyecto participaron la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio del Interior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, la Unidad de Información y Análisis Financiero - UIAF, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de

Notariado y Registro, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Servicios Públicos, la Superintendencia de Salud, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- y la Auditoría General de la Nación.

Adicionalmente, la Fiscalía General de la Nación designó un delegado que asistió a las mesas de trabajo y realizó sus aportes en los temas concernientes a su competencia y apoyó el resto del articulado. Asimismo, el Consejo de Estado y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resaltaron la importancia de darle mayor celeridad y eficacia a la acción de repetición, por ello, contribuyeron con las modificaciones a dicha acción. A su vez, el Ministerio de Educación y la Contaduría General de la Nación propusieron la incorporación de algunos artículos relacionados con su competencia, y la Unidad Nacional de Protección de Víctimas y el Ministerio de Trabajo emitieron concepto sobre aspectos especiales.

Se resalta el compromiso y la responsabilidad con los cuales se acometió la tarea por parte de las 25 entidades que participamos en la elaboración del proyecto de ley que se entrega para el correspondiente trámite legislativo, bajo el liderazgo del señor Presidente de la República de Colombia, doctor Iván Duque Márquez, la señora Vicepresidenta de la República de Colombia, doctora Marta Lucía Ramírez de Rincón, el Contralor General de la República, doctor Carlos Felipe Córdoba, el Procurador General de la Nación, doctor Fernando Carrillo, Fiscal General de la Nación, el doctor Francisco Barbosa, el Presidente del Consejo de Estado, doctor Alvaro Namén Vargas, las demás cabezas de las entidades miembros de la Comisión Nacional de Moralización y autoridades anteriormente enunciadas.

Este proyecto de ley representará un verdadero estatuto anticorrupción. Se trata de un trabajo conjunto y coordinado, con ocasión del que cada entidad aportó la solución desde su competencia y conocimiento directo acerca de los temas que requieren una regulación urgente, con el fin de eliminar los obstáculos que han impedido la aplicación efectiva de la normatividad vigente o de llenar los vacíos que se presentan en materia de lucha contra la corrupción en Colombia.

En este orden de ideas, la exposición de motivos tiene las siguientes secciones:

- I. Objetivos del Proyecto de Ley
- II. Justificación y consideraciones generales.
 - a. Medidas de protección para los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción
 - b. Responsabilidad de las personas jurídicas
 - c. Extinción de dominio
 - d. Beneficiario Final.
 - e. Sistemas de intercambio de información, articulación y colaboración para la lucha contra la corrupción
 - f. Pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción.
 - g. Fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción

- h. Fortalecimiento de la transparencia en el proceso de elección de personeros y en el desarrollo de su gestión
- i. Disposiciones en materia de daño y reparación de los afectados por actos de corrupción.
- j. Ajustes a la acción de repetición contenida en la Ley 678 de 2001.
- k. Ajustes al régimen disciplinario para combatir la corrupción
- l. Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia

I. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto nace de la colaboración armónica entre entidades y de la recopilación de iniciativas y recomendaciones internacionales que debemos implementar en Colombia.

La prevención y probidad son los pilares que soportan la iniciativa presentada ante el Congreso de la República. Debe revisarse el presente proyecto como un gran sistema que permitirá prevenir la corrupción, capturar al corrupto y resarcir los daños causados por los actos de corrupción, todo esto, reforzado por una cultura de legalidad e integridad que debe permear tanto instituciones educativas como empresas y entidades públicas.

Una de las apuestas es que se incremente la información de calidad y que la misma sirva como sustento probatorio para eventuales investigaciones. Para ello, se necesita no sólo una política de protección al denunciante, donde se le asegure la reserva de su identidad, estabilidad laboral y su protección física, sino programas de transparencia y ética tanto pública como privada que generen los procesos de prevención, debida diligencia, canales de denuncia seguros, erradicación de los riesgos de corrupción y lavado de activos.

Algunos de estos procesos se fundamentan en el principio de corresponsabilidad de las personas jurídicas, sucursales extranjeras domiciliadas en Colombia y las entidades sin ánimo de lucro, las cuales deberán responderle a los ciudadanos por los actos cometidos por sus representantes, y así, evitar la omisión en los controles y vigilancia que deben implementar al interior de sus empresas. Para esto, se dispone que las superintendencias y entidades de inspección y vigilancia inicien procesos administrativos sancionatorios con el objeto de revisar la tolerancia o consentimiento del ente jurídico cuando exista una sentencia penal en firme o un principio de oportunidad en contra de sus representantes, y a su vez, se incentiva la cultura de la legalidad a través de los programas de transparencia y ética empresarial.

Ahora bien, dentro de la estrategia para combatir la corrupción, el acceso a la información es de vital importancia, la falta de transparencia no puede seguir siendo un aliado de los corruptos. En razón a lo anterior, Colombia se pone a tono con las recomendaciones internacionales respecto de los beneficiarios finales; esas personas naturales que controlan, poseen o manejan las estructuras societarias y resultan invisibles para las

entidades de control y para seguirle el trazo a los dineros del lavado de activos o de la corrupción.

A su vez, la información es un activo fundamental para anticiparse a los hechos de corrupción, un análisis adecuado de los datos y respetuoso de los parámetros constitucionales, debe servir tanto a los ciudadanos como a las entidades de investigación para combatir la corrupción y ejercer veedurías informadas. Por tanto, se proponen varias iniciativas al respecto:

Primero, un observatorio de transparencia liderado por la Secretaría de Transparencia en el que se interoperen datos abiertos y públicos con el fin de hacer analítica, recomendar políticas públicas y ponerlo a disposición de la ciudadanía.

Segundo, como una iniciativa surgida en el seno de la Comisión Nacional de Moralización y respaldada por el Presidente y la Vicepresidenta de la República, se solicitan facultades extraordinarias para crear el Centro de Información, Análisis y Reacción Inmediata Interinstitucional de Lucha contra la Corrupción. Con la experiencia adquirida por los órganos de control y la Fiscalía en medio de la pandemia, en la cual intercambiaron información y realizaron actividades conjuntas, se debe tener como objetivo que exista un centro permanente que permita intercambiar datos, aunar los esfuerzos con otras entidades del Estado y reaccionar en bloque a los actos de corrupción. Todo ello, con total apego a las disposiciones constitucionales relativas a la autonomía e independencia de las entidades y correcto uso de la información según las competencias de las mismas.

La prevención debe tener un fuerte arraigo en la educación que se le imparta a nuestros jóvenes. El Proyecto de Ley dispone que los establecimientos de educación preescolar, básica y media podrán incluir en su Proyecto Educativo Institucional, estrategias que busquen el fomento de la participación ciudadana para asegurar la transparencia, la buena gestión pública y el buen uso de los recursos. Y se estimula la figura del veedor estudiantil con el fin de promover en el ámbito escolar la cultura de la integridad, la transparencia y el control social, a través de experiencias de veeduría ciudadana que permitan que los niños y jóvenes conciban, se apropien y fortalezcan su responsabilidad y compromiso en el cuidado de lo público, participen de ejercicios y generen aprendizajes relacionados con la transparencia y el control social. Asimismo, en los programas de transparencia y ética pública que deben adoptarse por las entidades públicas se tendrá un alto componente de pedagogía de integridad, estado abierto y transparencia.

Todo lo anterior, solo es posible si tenemos instituciones fortalecidas y con las competencias legales para continuar con la lucha contra la corrupción y en favor de la probidad. Para esto, cada una de las entidades indicó los vacíos o debilidades institucionales que tiene para cumplir con este propósito; producto de ello, surge el capítulo de fortalecimiento institucional y ajustes al régimen disciplinario.

El proyecto de ley no podría estar completo si no se fortalecen las consecuencias de los

actos de corrupción y se mejoran los desarrollos legales que se tienen. Para esto, se proponen unas modificaciones en la figura de la extinción de dominio, tales como solventar el problema de transición normativa, mejorar las notificaciones que se surten en el proceso con el fin de hacerlo más expedito y permitir que los bienes a los que se les aplique la figura del comiso puedan enajenarse de forma temprana.

Asimismo, se visibilizan los ciudadanos afectados por actos de corrupción, pues la ley debe resaltar que todo acto de corrupción tiene sus consecuentes daños y afecta los derechos colectivos. Es necesario que las entidades que puedan tasar daños incluyan en sus fallos los perjuicios de daño emergente y lucro cesante que le cometen a la sociedad. Y a su vez, se introduce la figura del daño punitivo, ya que los corruptos no pueden disfrutar de sus bienes después de pagada la condena sin haber restituido a la sociedad el grave daño cometido.

La acción de repetición es una institución jurídica que nace con la Constitución Política de 1991. Esta acción pretende recuperar los dineros pagados por las entidades públicas cuando el daño cometido fue producto de la actuación dolosa o gravemente culposa del servidor público. Su objetivo es prevenir que los agentes del Estado cometan faltas y queden en la impunidad. En este proyecto se actualiza esta institución procesal para hacerla dinámica y sobre todo que permita la recuperación de los dineros públicos y funcione como disuasivo para los funcionarios públicos.

Por último, en materia contractual se propone dar mayor claridad a la inhabilidad que se aplica a quienes financian campañas políticas y se establece una inhabilidad específica por el incumplimiento de los recursos del Programa de Alimentación Escolar. Se consagra la obligación de llevar centros de costo o contabilidades individualizadas cuando se ejecutan contratos estatales, esto con el fin de dar mayor claridad y transparencia a la ejecución de dichos recursos. Finalmente, se permite que en los contratos del Programa de Alimentación Escolar se puedan pactar cláusulas excepcionales a favor de la administración pública.

A continuación, se detalla cada uno de los capítulos y el contenido de los mismos.

II. JUSTIFICACIÓN DEL ARTICULADO:

a. Medidas de protección para los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción.

A pesar de las medidas generales que existen para la protección de denunciantes, testigos, víctimas del conflicto y otros actores¹, tales como la protección por acoso laboral dispuesto en la Ley 1010 de 2006 o el Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía

¹ Ley 418 de 1997, Ley 1010 de 2006, Ley 1778 de 2016 y Decreto 4912 de 2011.

General de la Nación, ninguno de éstos hace referencia expresa a los denunciantes de actos de corrupción y no cumplen con los estándares internacionales en la materia, lo cual imposibilita que existan políticas de incentivo a la denuncia de actos de corrupción y su consecuente efecto positivo en la sociedad y en la salvaguarda de los bienes públicos.

Lo anterior tiene gran relevancia, en el entendido que el barómetro Global de la Corrupción 2019 muestra que el 78% de las personas cree que sufrirá represalias si denuncia actos de corrupción. A su vez, para el 2018, en la encuesta Latinobarómetro se evidenció que el 50% de las personas encuestadas prefieren guardar silencio y no denunciar ante la presencia de actos de corrupción.

Ello evidencia la ausencia de la protección de los denunciantes de prácticas de corrupción. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Corrupción de 2004, la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, destacan la importancia de tener mecanismos de protección de denunciantes.

En lo que respecta a la protección de los denunciantes, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por Colombia mediante la Ley 970 de 2005, señala en su artículo 33 que *“cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.

Así mismo, la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción, ratificada por Colombia a través de la Ley 472 de 1997, precisa en el numeral octavo del artículo tercero el deber de crear e implementar *“sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno”*.

Por su parte, la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE es un acuerdo legalmente vinculante; los países que se unen a la Convención acuerdan establecer medidas eficaces en su legislación nacional e implementar políticas efectivas para evitar, detectar, investigar y sancionar el cohecho internacional.

A pesar de los avances y esfuerzos de Colombia en la implementación de la Convención para combatir el Cohecho, en particular el soborno transnacional, el país sigue sin adoptar mecanismos de protección a denunciantes de posibles hechos o actos de corrupción sobre los cuales adquieren conocimiento en su entorno laboral.²

² “While legislation is still not in place, the Working Group is encouraged by the draft legislation, and encourages Colombia to promptly proceed with its adoption”. Ver recomendación 2 de la Fase II del follow-up report sobre la

Las personas que trabajan en las organizaciones públicas o privadas y que tienen contacto directo con la información, son las primeras que podrían tener conocimiento de los actos sancionables, y por esa razón, es fundamental protegerlos frente a posibles represalias o amenazas que puedan sufrir. La protección es una manera de fomentar las denuncias, pues las personas en ocasiones renuncian a denunciar o testiguar por temor a las represalias.

Es por ello, y en respuesta a una necesidad manifiesta, que el Estado colombiano busca mediante esta serie de acciones, introducir disposiciones en su ordenamiento jurídico, que permitan promover y facilitar la denuncia de conductas de corrupción, así como ofrecer protección a los denunciantes, no sólo como parte esencial del cumplimiento de compromisos internacionales, sino como una clara apuesta por fortalecer la institucionalidad en favor de la transparencia.

Este capítulo contempla normas para la protección de quejosos, denunciantes e informantes de actos de corrupción. En el primer artículo se establece que la protección se realizará en el ámbito físico y laboral para las personas que entreguen información relacionada con los delitos contra la administración pública, el patrimonio económico, el medio ambiente, el orden económico y social, la financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y faltas o infracciones disciplinarias relacionadas con estas conductas y soborno transnacional.

En relación con la protección física, se parte de la base que el Estado colombiano tiene programas de protección y que los mismos pueden ser extendidos de manera específica a los denunciantes de actos de corrupción. Por ello, en el primer inciso del artículo 3, se hace referencia a “podrán ser objeto de medidas de protección física que debe brindar el Estado”.

Asimismo, la evaluación del riesgo debe hacerse por las autoridades competentes para ellos, esto es, la Unidad Nacional de Protección, la Fiscalía General de la Nación u otras que hoy en día tengan dicha competencia, como lo sería la Jurisdicción Especial para la Paz. Por tanto, no se generan nuevos procedimientos o programas, sino que entidades como la Fiscalía que tiene programas de protección, deberían ampliar el espectro y cobijar de manera especial a los informantes, quejosos y denunciantes de actos de corrupción.

En cuanto a la protección de la identidad, este es el pilar de los esquemas de protección de los denunciantes de actos de corrupción. Este es diferente a la denuncia anónima, la cual, se encuentra regulada por el ordenamiento colombiano en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la no exclusión absoluta de las denuncias anónimas y estableció dos condiciones: i) que los hechos revistan las características de una conducta

implementación de la convención Anti cohecho de la OCDE. "PHASE 2 FOLLOW-UP REPORT ON IMPLEMENTING THE OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION IN COLOMBIA" parágrafos 44-46 <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Colombia-Phase-2-Report-ENG-follow-up.pdf>

sancionable, sin incurrir en elementos valorativos y ii) medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito o falta.³

La protección de la identidad del quejoso es la medida básica para salvaguardar al denunciante, toda vez que impide que se inicien las represalias contra el mismo y pretende que la entidad que recibe la información, no divulgue los datos personales.

Para evitar inconvenientes procesales, se determina que, únicamente las partes del proceso podrán conocer la identidad del quejoso o testigo, para que tengan la posibilidad de controvertir la prueba oportunamente, en aras de salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada. La divulgación de la identidad acarreará consecuencias disciplinarias.

El proyecto de ley contempla la protección laboral tanto en el ámbito público como privado. Para este último, se entiende que los empleadores deben tomar las medidas necesarias para la protección de sus empleados, las cuales deben adoptarse de manera inmediata. El Ministerio de Trabajo será la entidad encargada de velar por la adopción efectiva de las medidas que se enuncian de manera enunciativa en el inciso tercero del artículo. A su vez, se contempla la implementación de canales de denuncia seguros dentro de la empresa privada, los cuales se armonizarán con los programas de transparencia y ética empresarial, y la posibilidad de multas por parte del Ministerio del Trabajo en caso de evidenciarse un incumplimiento por parte del particular.

En el parágrafo 4 del mencionado artículo, se define qué se entiende por represalia, sin que las medidas planteadas sean taxativas, y siempre que se deriven de la denuncia, queja o información.

En el ámbito público, el representante legal debe adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la estabilidad laboral del denunciante, por ello, la entidad pública que conozca de la supuesta represalia deberá informar al representante de la entidad y a la Procuraduría General de la Nación sobre la amenaza o represalia. Se establece que la no adopción de las medidas, cuando resultaren procedentes, será causal de mala conducta.

Para la determinación de la medida de protección laboral a adoptar, puede consultarse al Departamento Administrativo de la Función Pública para establecer la medida más adecuada. A su vez, deberá tener en cuenta el nivel del empleo que ocupe el servidor público, con el fin de garantizar la prestación del servicio y los principios de la contratación pública.

Con el fin de causar el impacto adecuado en la sociedad y realmente incentivar la denuncia de los actos de corrupción, se dispone que se generen campañas de difusión de dichas medidas y de lo dispuesto en artículos posteriores como los canales de denuncia y los programas de ética empresarial o ética en el sector público.

³ Sentencia C – 1177 de 2005 y Sentencia 05001-23-31-000-2013-00038-01 3352 – 15 del Consejo de Estado con fecha 4 de julio de 2019.

b. Responsabilidad de las personas jurídicas

En diferentes legislaciones, los Estados han decidido establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El debate político criminal plantea que las personas jurídicas son un sujeto activo del delito, el cual, debe ser objeto del ámbito de aplicación de las normas penales, toda vez que, las empresas, entramados societarios y estructuras sin personería jurídica son utilizados para cometer actos punibles, difuminar la responsabilidad de las personas naturales e imposibilitar las investigaciones tanto de carácter penal como administrativo.

Países como Argentina, España, Chile y Perú han dispuesto en sus ordenamientos esta clase de responsabilidad con el fin de perseguir y sancionar a las personas jurídicas que cometen actos de corrupción o lavado de activos. Con ello, se supera la máxima romana de "*societas delinquere nos potest*" y se reconoce una realidad; las empresas pueden crear riesgos jurídicamente desaprobados, los cuales al concretarse lesionan gravemente bienes jurídicos; tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-320 de 1998.

Sin embargo, para cumplir con el objetivo de política criminal antes mencionado, en el entendido de hacer responsable a las empresas por los actos de quienes actúan en nombre o representación de ésta y se benefician por hechos de corrupción, el Estado colombiano ha decidido que el mismo puede alcanzarse con la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Así lo estableció en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y en la Ley 1778 de 2016 "Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.". Esta norma consagra en su artículo 3, la competencia en la Superintendencia de Sociedades para la investigación y sanción de las personas jurídicas que cometan soborno transnacional, sin que ello, imposibilite a la Fiscalía General de la Nación para abrir investigaciones sobre las personas naturales que posibiliten dicha actuación (art 33 del Código Penal).

La Ley 1778 de 2016 modificó el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y señaló que "independientemente de las responsabilidades penales individuales 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."

A su vez, establecen una serie de disposiciones que se refuerzan con el presente proyecto y aseguran su aplicabilidad. Para ello, se propone la adición de varios artículos que permitirán cumplir con el objetivo de política criminal, tener mayor eficiencia en la sanción y respetar el principio de debido proceso.

En este proyecto, se hace énfasis en la responsabilidad de las personas jurídicas cuando exista un fallo condenatorio o principio de oportunidad contra directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados que con su delinquir beneficiaron a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia, a las personas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comercial del Estado, empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro.

Se resalta, que el comportamiento objeto de reproche para la persona jurídica es la tolerancia o el consentimiento. El consentir o el tolerar implica una acción u omisión, por ejemplo, en materia penal, se encuentra consagrado en el artículo 21 del Código Penal que se refiera a las modalidades de conductas punibles, por acción u omisión, y que requieren de un juicio de reproche y el elemento subjetivo de la culpabilidad, en la modalidad de dolo o culpa.

Al referirse al elemento subjetivo se hace referencia a la conjugación de la conciencia y a la voluntad del acto. Entendida la conciencia como la capacidad o la facultad de conocer o entender el sentido y alcance de los actos realizados. Y la voluntad, como el deseo o la intención de querer realizar el acto típico y contrario a la ley que afecta un bien jurídicamente tutelado.

Por su parte, la tolerancia es entendida como un comportamiento pasivo, que supone la omisión consciente y razonable de una conducta destinada a impedir un resultado, es decir, que se debe demostrar⁴ que los administradores o representantes legales no tomaron ninguna medida para evitar, prohibir, obstaculizar una conducta contraria a derecho⁵.

La jurisprudencia del contencioso administrativo señala que la tolerancia debe ser demostrada en calidad de dolo o culpa para poder atribuir responsabilidad, pues no basta el simple desempeño del cargo para concluir que autorizó y toleró el acto investigado⁶. Es necesario demostrar el conocimiento del hecho, la condición funcional propia del investigado y las situaciones fácticas de la persona natural. De esta manera se salvaguarda el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 29 de la Constitución y se evita la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria, proscrita en Colombia⁷.

Las modificaciones realizadas al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, están encaminadas a: i) Las responsabilidades de los entes jurídicos, se activarán por los delitos contemplados en el Código Penal en los capítulos relacionados con delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los

⁴ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 27 de noviembre del 2018, en el caso de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (Acemi)

⁵ <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/financiero-cambiario-y-seguros/el-verbo-tolerar-en-relacion-con-las>

⁶ Resolución 65116 de 2011

⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-597-96.htm>

contenidos en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público.

ii) Para efecto del proyecto de ley, se entiende por personas jurídicas, además de éstas, a las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia, las personas que integren uniones temporales o consorcios, las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro. iii) La responsabilidad administrativa se fundamenta en la sentencia judicial o principio de oportunidad. iv) El comportamiento objeto de reproche será la tolerancia u omisión de la persona jurídica en sus deberes de vigilancia y supervisión. v) Dichos actos deben ser realizados, directa o indirectamente, por parte de directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de la empresa. Y, por último, vi) Se estudia si el comportamiento desplegado por la persona natural, el cual fue objeto de fallo condenatorio, benefició o generó algún interés en la persona jurídica.

Ahora bien, las superintendencias y entidades que ejerzan facultades de inspección y vigilancia serán competentes para iniciar los procesos administrativo-sancionatorios correspondientes, los cuales se llevarán por medio de los procedimientos que se apliquen por cada una de las entidades o cuando fuere aplicable con lo contenido en la Ley 1437 de 2011.

Se excluye a la Superintendencia de Industria y Comercio, debido a que su competencia no recae sobre un sector de empresas previamente determinadas sino en actos o hechos jurídicos que generan la activación de las facultades de esta entidad. Esta Superintendencia es la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y la metrología legal, protege los derechos de los consumidores y administra el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, por tanto, no ejerce la inspección y vigilancia sobre un sector como si lo hacen las otras entidades señaladas en el articulado.

Asimismo, se excluye la posibilidad de iniciar procesos de responsabilidad administrativa cuando el ente jurídico sea una entidad pública o quien presta el servicio es un notario o curador, toda vez que la entidad competente para ello sería la Contraloría o la Procuraduría. Este supuesto se da en los supervisados por la Superintendencia de Notariado y Registro ya que sus vigilados son personas naturales que ejecutan funciones públicas o en el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos pues muchos de los servicios públicos domiciliarios son prestados directamente por las alcaldías.

Lo anterior, no significa que no puedan iniciarse procesos administrativos sancionatorios en empresas prestadoras de servicios públicos constituidas con recursos públicos, dado que éstas se encuadrarían en la categoría de empresas mixtas o industriales y comerciales.

Debe remarcarse, que dichas excepciones se relacionan con el proceso administrativo sancionatorio que surge como consecuencia de la sentencia condenatoria o del principio de oportunidad, pero la excepción no es aplicable para el cumplimiento de las

instrucciones sobre los programas de transparencia y ética empresarial, los cuales sí deben ser implementados por todos los inspeccionados o vigilados.

El proceso administrativo sancionatorio iniciará, una vez la superintendencia correspondiente tenga la sentencia debidamente ejecutoriada. El actual artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, no dispuso nada acerca la forma para acceder a las sentencias, por tanto, no existe un canal por el cual la Superintendencia de Sociedades tenga acceso a las mismas, imposibilitando la aplicación de la disposición normativa. Dicho inconveniente, se zanja con la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el sistema de información que deberá operar para estos fines con la Rama Judicial. Se plantea, de igual forma, la posibilidad de que las superintendencias o autoridades de inspección y vigilancia inicien la actuación si obtienen la sentencia por otros medios.

En cuanto a las sanciones y criterios de graduación, estos son extraídos del mismo artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y de otras normatividades aplicables a la materia. Y el término de caducidad se fija en cinco años teniendo en cuenta las complejidades procesales que suponen estos nuevos procesos para las entidades competentes.

Ahora bien, en cuanto a los programas de transparencia y ética empresarial se pretende que se genere una cultura de la legalidad, integridad y que se detecten, prevengan y reporten todos los riesgos de corrupción y de lavado de activos. Estos programas se conocen a nivel mundial como programas de cumplimiento o compliance y buscan la autorregulación empresarial y generar parámetros para los deberes de vigilancia y control que tienen las empresas sobre sus empleados.

Los programas de transparencia y ética empresarial no representan barreras para los empresarios, por el contrario, persiguen que sean las organizaciones sociales las que creen mecanismos propios e internos para prevenir que sus empresas sean instrumentalizadas por personas inescrupulosas. En Colombia, muchas empresas tienen programas de cumplimiento los cuales son supervisados por la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia Financiera, ésta última a través de sus disposiciones sobre el SARLAFT o el Sistema de Control Interno.

Con esta norma, se incentiva la cultura de la legalidad y la autorregulación, ampliando el número de empresas que deben implementar los programas. Lo anterior, con el fin de reforzar el principio de confianza que tiene la sociedad en las empresas. Estas deben ser probas y ejecutar sus acciones de forma transparente, con respeto a la competencia y a las leyes y siendo un vehículo de desarrollo económico y de cierre de brechas.

c. Extinción de dominio

Desde el preámbulo de la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Extinción de Dominio (2011), en la que se inspiró la Ley 1708 de 2014, se erigió la extinción de dominio como un instituto jurídico autónomo e independiente dirigido a eliminar el poder y capacidad de la delincuencia. Posteriormente, esta Ley fue reformada por la Ley 1849 de 2017, cuyo propósito fue el de agilizar su trámite y acentuar el provecho económico en favor de la administración, suprimiendo la fijación provisional de la pretensión.

Con el fin de continuar la mejora normativa, se proponen tres modificaciones que permitirán agilizar el trámite de la extinción de dominio y la monetización de los bienes objeto de esta medida.

Se propone incluir un artículo que habilite la enajenación temprana de bienes afectados con medidas cautelares con fines de comiso, esto con el objetivo de facilitar su monetización y administración. Actualmente, la ley contempla la posibilidad de que los bienes sujetos a medidas cautelares con fines de extinción de dominio puedan enajenarse de manera temprana. Sin embargo, no es tan clara esta posibilidad en aquellos casos en los que las medidas inscritas sobre el bien sean con fines de comiso.

A su vez, en el siguiente artículo se dispone la modificación parcial del artículo 140 del Código de Extinción de Dominio para permitir que se elimine el trámite engorroso de publicar el edicto en un periódico de amplia circulación y se disponga que la publicidad para terceros indeterminados se haga a través de las páginas web de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación. Esto haría más dinámico el procedimiento extintivo, ahorrando en el gasto a la Rama Judicial y poniéndose a tono con las notificaciones electrónicas adoptadas por los diferentes códigos de procedimiento.

d. Beneficiario Final

En aras de aumentar la transparencia de las personas jurídicas y estructuras sin personería jurídica, este proyecto busca crear un principio de debida diligencia para las personas naturales, personas jurídicas, estructuras sin personería jurídica y entidades del estado que tengan la obligación de implementar un sistema de prevención, gestión o administración del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas.

Así mismo, se crea un concepto unificado de beneficiario final, hoy en día definido por varias entidades del gobierno, y cuya implementación práctica para los ciudadanos, es difícil al no coincidir los elementos en las diferentes definiciones. No obstante, se les permite a las autoridades que ejercen inspección, vigilancia y control definir las condiciones específicas que deberán tener en cuenta sus vigilados para adelantar el proceso de debida diligencia, incluyendo, pero sin limitarse, a parámetros diferenciales para la identificación del beneficiario final en atención a las particularidades de la actividad desarrollada por sus entidades vigiladas.

En este mismo sentido, se crea el Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) el cual será administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y al cual tendrán acceso las entidades que en cumplimiento de sus funciones legales y Constitucionales ejerzan inspección, vigilancia y control o tengan funciones de investigación fiscal o disciplinarias u orientadas a combatir el lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, conglomerados e intervención por captación no autorizada.

Así mismo, en el marco de la contratación estatal también se necesita contar con la información de las personas naturales que realmente se benefician de pagos con ocasión de un contrato estatal, lo cual facilitará que la entidad contratante y autoridades competentes puedan vigilar la correcta ejecución del contrato y uso de los recursos.

Aunado a lo anterior, existen algunos requerimientos internacionales que son vinculantes para Colombia, y este proyecto está encaminado a generar el marco normativo necesario para dar cumplimiento a las recomendaciones de instrumentos internacionales suscritos por el País:

- Cumbre Anti-Corrupción del 12 de mayo de 2016 en Londres, Reino Unido: Colombia suscribió una serie de compromisos de lucha contra la corrupción ante diferentes países y organizaciones internacionales, entre los cuales se comprometió a crear un Registro Central de Beneficiarios Finales de las Empresas Nacionales y sucursales extranjeras en Colombia y a facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final para poder ser alertados de las investigaciones en curso (Anti-Corrupción Summit, 2016).
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT): con la firma del Memorando de Entendimiento, aprobado mediante la Ley 1186 de 2009 y sentencia de revisión constitucional C- 685 de 2009, Colombia se obligó a reconocer y aplicar las recomendaciones GAFI y por esta razón, es esencial que exista “información adecuada, precisa y oportuna” (FTAF-GAFI, 2014) sobre los beneficiarios finales, pues las recomendaciones 24 y 25⁸ del GAFI, exigen la implementación de medidas en materia de propiedad efectiva de las personas jurídicas y demás arreglos jurídicos.
- Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI): esta iniciativa promueve la transparencia en la gestión de los ingresos generados por la extracción de los recursos naturales no renovables, lo que exige a los países parte y en proceso de adhesión como Colombia, desarrollar políticas para identificar los beneficiarios finales de las inversiones realizadas en el sector extractivo, en línea con el requerimiento 2.5 del estándar.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): Colombia ratificó mediante la Ley 1573 de 2012 la “*Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*” de la OCDE, organización que ha señalado, en varios de sus informes⁹ sobre la implementación de la Convención, que la falta de acceso a información sobre el beneficiario podría obstaculizar la aplicación de acciones contra el delito o infracciones relacionada con soborno transnacional (FTAF-GAFI, 2014).

⁸ “Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas”

⁹ Disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>

Es preciso señalar que, si bien la Ley 1581 de 2012 regula la protección de datos personales, el artículo 2 de esta misma Ley establece excepciones a su aplicación: “*b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*”, el registro de beneficiarios finales encuadra dentro de la excepción anteriormente citada. Es importante resaltar, que en este caso tampoco se requiere la autorización del titular de los datos pues tal como lo señala el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012, no es necesaria cuando la información es solicitada “*por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial*”, como ocurre en este proyecto de ley.

e. Sistema General de Información de Lucha contra la Corrupción

El Estado Colombiano ha hecho esfuerzos para aumentar la transparencia, mejorar las herramientas para la lucha contra la corrupción y demostrar avances en materia de política pública, compromisos internacionales, producción normativa y ajuste institucional.

Sin embargo, la percepción generalizada y los instrumentos de medición permiten concluir que los niveles de corrupción en el país continúan siendo altos y las instituciones pierden confianza a raíz de este fenómeno, toda vez que no existen herramientas contundentes que permitan anticiparse a los hechos de corrupción y a las macro criminalidades.

De acuerdo con IBM (International Business Machines Corporation), “*en el mundo se producen 2,5 trillones de bytes de datos todos los días*”, los cuales, al ser interoperables y abiertos, respetando los derechos de habeas data, privacidad y acceso a la información, permitirían no sólo una mejor relación entre el ciudadano y la administración sino también generar herramientas de prevención de la corrupción.

Con base en ello, existen varias iniciativas internacionales con enfoque de Gobierno Abierto, tales como Alianza para el Gobierno Abierto (AGA u OGP por sus siglas en inglés), Comité de Expertos en Gobierno Abierto de la OCDE y su Red sobre Gobierno Abierto e Innovador en América Latina y el Caribe; también están aquellas que buscan promover los principios del Gobierno Abierto, como Open Contracting Partnership, Global Initiative for Fiscal Transparency y la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva, entre otros.

Estas iniciativas, buscan proveer mayor transparencia y que las fuentes de información puedan ser abiertas y ser utilizadas para combatir la corrupción. Colombia hace parte de las mismas, y siguiendo el Programa Interamericano de Datos Abiertos para Combatir la Corrupción – PIDA, AG/RES.2927 (XLVIII-O/18) ha comenzado la creación de nuevos desarrollos tecnológicos para incentivar la transparencia, el acceso a la información pública y la integridad.

Sin embargo, el acceso a la información por parte de los ciudadanos presenta enormes dificultades porque la información está dispersa y fragmentada, en muchos casos es

extensa, compleja y de difícil acceso. Eso, añadido a que en algunos casos la información entre un sistema y otro no coincide, y a que la veracidad de la información depende del rigor en el reporte y la voluntad política de los agentes, genera altos costos de transacción para el control social, falta de transparencia y menor capacidad para prevenir la corrupción.

De manera especial, el presente proyecto recoge elementos del proyecto de ley 081 de 2016, por el cual se constituía el portal central de transparencia fiscal, presentado por el Presidente de la República, Iván Duque, acompañado de varios senadores como Carlos Fernando Galán, Andrés García Zuccardi, Antonio Navarro Wolff, Juan Manuel Galán y Mauricio Lizcano.

En consecuencia, con el presente articulado se busca que la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, administre la información que recolecte el Observatorio Anticorrupción, bajo la premisa del Estado Abierto, para que se generen estudios y documentos que permitan la creación de políticas públicas basadas en datos reales, y así mismo permitir información pública de fácil interacción y acceso, donde la participación ciudadana no se limite a la consulta, sino que sirva como soporte para adelantar denuncias y promover la participación ciudadana, con el objeto de controlar y sancionar la corrupción.

Por otro lado, la Procuraduría General de la Nación, busca implementar un sistema de detección de alertas que permita advertir los incrementos patrimoniales que ameriten una investigación disciplinaria.

Ahora, teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación en su trabajo de lucha contra la corrupción y en su fortalecimiento institucional, necesita contar con sistemas autónomos que permitan monitorizar la información tributaria y patrimonial de los servidores y de esta forma contar con alertas tempranas para detectar los incrementos patrimoniales no justificados y la estructuración de un sistema para prevenir el riesgo de corrupción que sea alimentado por diferentes fuentes de información, es necesaria una fuente de ingresos financieros adicional a los otorgados por el presupuesto general de la nación.

Su implementación permitirá también perseguir disciplinariamente a los particulares, especialmente a los compañeros permanentes y cónyuges de los servidores públicos, que busquen “apropiarse”, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5° de la Ley 734 de 2002.

Poner a disposición de la Procuraduría General esta información, y la recopilación y análisis de la misma a través de una herramienta tecnológica, se constituye así en una necesidad para dar cumplimiento al mandato del Constituyente.

f. Pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción

Para efectos de profundizar el control social sobre las actuaciones del Estado y particularmente, el control de la corrupción es preciso fortalecer la baja conciencia ciudadana que existe actualmente en torno a la participación, por el desconocimiento de los mecanismos de participación ciudadana y de control social.

Mediante un instrumento de recolección de información para medir el estado del control social en los municipios PDET, establecidos en el Decreto 893 de 2017, aplicado por la Secretaría de Transparencia en 2018, se pudo establecer que el 68% de las personas consultadas percibe que la oferta institucional para fomentar y fortalecer los ejercicios de control social es escasa y no genera impacto en la comunidad.

Por lo anterior, es preciso introducir elementos que permitan educar a las futuras generaciones de colombianos en materia de ética y participación ciudadana para la prevención de la corrupción. Con este instrumento se pretende contrarrestar algunos factores culturales que favorecen prácticas corruptas, pues como se indicó en el diagnóstico la pequeña corrupción está normalizada creando una cultura proclive a la aceptación de dichos actos.

Según la Encuesta de Cultura Política 2019 (ECP 2019) realizada por el DANE, el 94,4% considera que la falta de sanción a los corruptos es el principal factor que puede motivar o inducir a que se presenten actos de corrupción.

Adicionalmente, en esta misma encuesta realizada por el DANE, pero en el año 2017, el 96,9% de las personas encuestadas considera que pagar un soborno es aceptable para agilizar o facilitar la prestación de un servicio, el 96,1% un trámite, el 96,9% el acceso a un subsidio y el 97% para una reducción o eliminación de multas o impuestos.

Según Francisco Thoumi, esta erosión de la base moral de la sociedad colombiana propicia la corrupción cotidiana, la cual se ve influenciada por la cultura del narcotráfico que ha engrandecido la idea de obtener dinero rápido y por cualquier medio necesario.

Por ello, la educación es la mejor herramienta para contrarrestar los factores culturales mencionados que favorecen la ejecución de actos de corrupción. De este modo, a través de la promoción de valores, la educación en integridad y el empoderamiento de los ciudadanos a través del conocimiento de sus derechos, se pretende formar una sociedad donde el control y la sanción social de los ciudadanos complementen el control y la sanción legal del Estado, con el objeto de que la corrupción sea inaceptable en ambos frentes y, en consecuencia, se pueda prevenir, detectar y sancionar más eficazmente.

En ese mismo sentido, se busca implementar la figura de contralores estudiantiles para promover la rendición de cuentas, a partir de la participación estudiantil, con el fin de incentivar la cultura de integridad, transparencia y respeto por los bienes públicos.

A nivel de las instituciones educativas, la figura de contralor estudiantil busca promover la honestidad, la transparencia y la participación democrática, además de actuar como veedor del buen uso de los recursos y los bienes públicos de la institución educativa a la cual pertenece.

g. Fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción

La corrupción es un fenómeno que está en constante mutación y busca estrategias para evadir los controles, por ello, la permanente actualización de las herramientas para anticiparse y sancionar los hechos de corrupción es vital. A su vez, la coordinación institucional debe ser un pilar y las diferentes ramas del poder y los órganos de control deben interoperar y apoyarse según sus competencias.

En este sentido, la OCDE en el último informe del Grupo de Trabajo Anti-Cohecho, reiteró que se debe fortalecer el marco de referencia actual para promover una mejor coordinación entre las autoridades. Por lo anterior, con el presente capítulo se busca fortalecer las instituciones y promover la coordinación interinstitucional.

Sea lo primero, tener en cuenta que luego de la aprobación de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales de la OCDE, mediante la Ley 1573 de 2012 (en adelante la “Convención”), Colombia asumió la obligación de ajustar y armonizar su normatividad conforme a los estándares internacionales, para sancionar efectivamente a las personas naturales y jurídicas que incurran en actos de soborno transnacional. En ese sentido, se expidió la Ley 1778 de 2016, la cual estableció un régimen administrativo sancionatorio para las personas jurídicas que incurran en conductas de soborno transnacional.

Sin embargo, dentro del marco de la Convención, en la evaluación final de la Fase 3 del año 2009, se realizaron algunas recomendaciones y seguimientos que serán objeto de evaluación en la Fase 4, que se llevará a cabo en dos años y que es necesario cumplir e incorporar en nuestra legislación.

En ese sentido, el Grupo de Trabajo Antisoborno (en adelante WGB por sus siglas en inglés) planteó las siguientes recomendaciones:

- **Responsabilidad de Matrices y Subsidiarias:** La legislación colombiana actual solo contempla la responsabilidad de las personas jurídicas cuando sus subordinadas incurran en conductas de soborno transnacional, con el consentimiento o tolerancia de la matriz. La recomendación del WGB está encaminada a que las subsidiarias también sean responsables administrativamente cuando la matriz u otras vinculadas cometen conductas de

soborno transnacional, en beneficio de las subsidiarias, o se utilicen intermediarios.

- **Multas para Personas Jurídicas por Soborno Transnacional Equivalentes a Confiscación.** El WGB consideró que el monto de la sanción que hoy en día se prevé en nuestra legislación por concepto de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por conductas de soborno transnacional (hasta 200.000 SMMLV) es insuficiente, y que las competencias de la Superintendencia, relativas a la confiscación del soborno y del producto del mismo, no son las adecuadas. Por esta razón para el WGB, no se estaría cumpliendo con el artículo 3 de la Convención, al no existir la posibilidad de realizar el despojo del soborno y su producto.

Las recomendaciones del WGB van dirigidas a que se modifique la legislación para que la Superintendencia de Sociedades pueda solicitar el comiso del soborno y su producto (ganancias), o se apropie del valor y del producto del soborno, o se introduzcan sanciones monetarias de efectos comparables a la confiscación o la apropiación, incluso si no existe un proceso o sentencia penal contra una persona natural.

- **Acceso a Información Sujeta a Reserva.** El artículo 20 de la Ley 1778 de 2016 le otorga la facultad a la Superintendencia de Sociedades de solicitar la información que se requiera para esclarecer los hechos, pero no la faculta expresamente para solicitar información sujeta a reserva, la cual es de vital relevancia en investigaciones de soborno transnacional para poder acceder a información financiera y seguir el rastro del dinero.

En ese sentido, la recomendación del WGB señala que la Superintendencia de Sociedades debería tener la facultad expresa de solicitar información sujeta a cualquier tipo de reserva dentro del marco de sus investigaciones y averiguaciones relacionadas con conductas de soborno transnacional, especialmente información que tiene a cargo la DIAN y UIAF, teniendo acceso a tiempo de reportes relevantes por posibles conductas de soborno transnacional.

Así las cosas, se lograría un intercambio real de información y elementos probatorios para que se realicen de manera efectiva las investigaciones de posibles conductas de soborno transnacional por parte de la Superintendencia de Sociedades.

- **Infracciones Relacionadas con la Obligación de Llevar Contabilidad y Sanciones.** Para el WGB, las normas legales colombianas, en particular el Código de Comercio, no incluye textualmente todas las conductas contables inapropiadas, según se señala en el artículo 8.1 de la Convención. Adicionalmente, para el WGB, los montos de las sanciones especiales establecidas en el artículo 58 del

Código de Comercio de 1.000 SMLMV no son suficientes y, por lo tanto, no serían sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias para las personas jurídicas.

Todas las recomendaciones enunciadas, buscan modificaciones legislativas que en últimas están encaminadas no sólo a la implementación adecuada de la Convención sino a la efectiva lucha contra el soborno internacional que cometan las personas jurídicas en Colombia.

Por otro lado, el problema de coordinación interinstitucional, específicamente manifestado en la articulación de los órganos de control a través de las Comisiones Regionales de Moralización, se expresa también en la dificultad de intercambiar pruebas e información sobre aquellos actos de corrupción con implicaciones penales, fiscales y/o disciplinarias simultáneas, asunto alertado por Fedesarrollo como deficiencia en la persecución de actos corruptos¹⁰.

Por ello, es preciso establecer una adecuada articulación de las instituciones, para que las medidas sean integrales, severas y no se desconozcan materiales probatorios que contribuyan a los procesos y sanciones, razón por la cual se busca crear las subcomisiones técnicas, una para la prevención y otra para la detección y sanción de hechos de corrupción, como instancias de coordinación que fortalezcan los sistemas de prevención y control.

Estas subcomisiones se crean en desarrollo del artículo 113 constitucional, que consagra la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, así como el artículo 1º, que consagra la misma naturaleza del Estado como una entidad democrática, cuyas decisiones transparentes y al servicio del ciudadano, son mermadas por la corrupción y amenazan el Estado Social de Derecho, como indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-944 de 2012.

Dichas Subcomisiones Técnicas, funcionarían como soporte temático de la Comisión Nacional de Moralización, la cual pasaría de reunirse una vez cada trimestre, a dos veces al año como mínimo, para que cuente con el tiempo suficiente para tener un soporte técnico que permita darle dinamismo a esta instancia y promueva los intercambios de información y acciones conjuntas.

Tratándose de un espacio de coordinación, que expresamente indica que no afecta la autonomía de los órganos de control, siguiendo el mandato establecido por la Corte Constitucional en Sentencias C-251 de 2002, C-605 de 2006 y C-643 de 2013, entre otras, toda vez que establece un espacio de colaboración entre distintas ramas, que no supone la subordinación de una rama a la otra, ni el desplazamiento o reducción de las competencias de ninguna de ellas.

¹⁰ Leonardo Villar & Daphne Álvarez (Editores), "Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y Propuestas", Fedesarrollo, 2018. P. 296.

A su vez, se busca fortalecer el Plan Anticorrupción y Atención al Ciudadano señalado en el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, con la creación de los Programas de Ética en el sector público. Tanto en el sector privado como público se deben proveer de mayores herramientas para prevenir la corrupción. Esto supone que la nueva estrategia tenga elementos que permitan atacar a este flagelo desde distintos puntos de vista.

El artículo 73 de la Ley 1474 de 2001, consagra que las entidades del orden nacional, departamental y municipal deben elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano, la cual debe contemplar el mapa de riesgos, medidas para mitigar los mismos, estrategias anti-trámites y mecanismos para mejorar la atención al ciudadano.

Esta normatividad debe actualizarse y enfocarse en la prevención de los actos de corrupción. Las nuevas estrategias de prevención tanto del lavado de activos como de los hechos de corrupción, indican que el éxito en los programas de cumplimiento se encuentra en: i) un compromiso de lucha contra la corrupción que provenga desde el funcionario más alto de la entidad; ii) mecanismos de prevención, gestión y administración del riesgo que se encuentre en constante actualización; iii) canales de denuncia seguros; iv) una cultura del cumplimiento acompañada de estrategias para la difusión de códigos de ética, transparencia, conflicto de intereses, etc y v) redes de intercambio de información y buenas prácticas. Tales como la Red Interinstitucional de Transparencia y Anticorrupción – RITA, la cual ha venido siendo impulsada por la Vicepresidenta, doctora Martha Lucía Ramírez.

A su vez, para reforzar la cultura de la legalidad y cumplimiento es necesario que las entidades públicas implementen medidas de debida diligencia en sus manuales de contratación o incluso de atención al ciudadano. Lo anterior, con el fin de anticipar posibles riesgos de corrupción o lavado de activos.

En consecuencia, se busca disminuir la probabilidad de que se concreten los riesgos y facilita la aplicación de estándares internacionales para lograr una adecuada identificación, control y mitigación de riesgos que pueden comprometer la responsabilidad y operación de las entidades del sector público. Aunado a una cultura de cero tolerancia a la corrupción.

En este proyecto de ley, también se busca reforzar la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, adscrita al Despacho del Contralor General de la República según lo dispuesto por la Ley 1474 de 2011. Esta norma dictó parámetros orientados a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, creando en su artículo 128, la citada Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, cuya función principal es la de detectar bienes, cuentas, inversiones y otros activos de personas naturales o jurídicas investigadas o responsabilizadas por la causación de daño al patrimonio público.

Esta función constitucional y legal, si bien es clara en el Estatuto Anticorrupción, en la práctica ha tenido serias dificultades de ejecución, en la medida en que, por una parte, a nivel nacional, se ha dificultado la cooperación de los organismos de inteligencia en virtud de lo señalado en el parágrafo del artículo 34 de la Ley 1621 de 2013, donde faculta sólo a las Fiscalías, para solicitar este tipo de información. Esto supone que entidades como la Contraloría no puedan hacer una adecuada investigación, detección de bienes y práctica de medidas cautelares con miras a resarcir el patrimonio público.

Lo anterior, deriva en un impedimento para detectar activos y movimientos financieros al exterior de los responsables fiscales, lo cual es requisito sine qua non, para solicitar la asistencia jurídica a nivel internacional y así poder llegar a esos bienes patrimoniales que se encuentran por fuera de nuestro territorio.

Por otra parte, también a nivel internacional teniendo en cuenta lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas, una actuación administrativa, no es suficiente para activar la cooperación internacional en algunos países, toda vez que solo se reconoce como autoridad central a la Fiscalía General de la Nación cuando se encuentre en el marco de una investigación por un delito.

Por las razones expuestas, es imperativo recalcar que la Contraloría General de la República tiene la competencia para acceder sin restricciones a cualquier sistema de información y bases de datos que le permiten detectar bienes y activos, y de esta forma garantizar que los fallos con responsabilidad fiscal en virtud de la comisión de actos que causen daño patrimonial al Estado, puedan ser efectivamente ejecutados logrando el resarcimiento de los recursos públicos, tanto a nivel nacional como internacional como fin último.

Asimismo, con miras a combatir de manera más efectiva las conductas que ocasionan daños a los bienes públicos y hacer claridad en cuanto a la responsabilidad fiscal de aquellos que sin ser gestores fiscales, ocasionen directamente daños a bienes públicos, se establece la responsabilidad fiscal por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas, según lo establecido por el artículo 4 de la ley 610 de 2000.

Por último, en éste capítulo se propone como una fuente alterna de financiación para la Procuraduría General de la Nación, el Fondo de Fortalecimiento del Ministerio Público, para el cumplimiento de sus objetivos, en el que parte de los ingresos provienen de las multas impuestas a los sujetos disciplinables, es decir que las sanciones económicas que se imponen dentro de la autoridad disciplinaria, serán de utilidad para el fortalecimiento de la gestión y función constitucional de la Procuraduría.

a. Fortalecimiento de la transparencia en el proceso de elección de personeros y en el desarrollo de su gestión.

Las personerías municipales hacen parte del Ministerio Público, son esenciales dentro eje articulador en la construcción de probidad y están bajo la dirección del Procurador General de la Nación, por lo que también hacen parte de la lucha contra la corrupción. La Corte Constitucional ha reconocido que estos órganos deben actuar *“dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, en virtud del cual, de alguna manera, se encuentra sujeto a la autoridad y al control de la Procuraduría y del Defensor del Pueblo, como se deduce de las siguientes funciones que le asigna el art. 178 de la ley 136 de 1994 (...)”* (sentencia C-223 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell), especialmente si se tiene en cuenta que el personero es el agente local del Ministerio Público, aun cuando no es agente de la Procuraduría General de la Nación (sentencia C-1105 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

En la actualidad, la elección de los Personeros Municipales se lleva a cabo bajo los lineamientos del artículo 35 de la Ley 1551 de 2015 y el título 27 del Decreto 1083 del 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual señala los estándares mínimos para la elección de personeros municipales.

Con la modificación introducida al artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, se eliminó la posibilidad de que la elección de personeros se lleve a cabo con Universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas para dejarlo únicamente en cabeza de la ESAP de manera gratuita, por las siguientes razones:

La Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–, es un Establecimiento Público del orden Nacional de carácter universitario, creado por la Ley 19 de 1958 y adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, académica y financiera, patrimonio independiente que regula el sector educativo en general y el servicio público de la educación superior.

De acuerdo con lo estipulado por el Consejo de Estado a través del concepto 2269 de septiembre 7 de 2015, la ESAP, puede suscribir convenios interadministrativos con los Concejos municipales, para llevar a cabo concurso de méritos de elección de personeros municipales:

“Es viable que la Escuela Superior de Administración Pública apoye de manera gratuita a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos que tiene como propósito elegir a los personeros municipales, en el marco de la Ley 1551 del 2012 y el Decreto 2485 del 2014. Según la Ley 996 de 2005, la ESAP está facultada para suscribir convenios interadministrativos que tengan como fin adelantar dichos procesos de selección y que no comporten la ejecución de recursos públicos, ni ninguna otra de las actividades prohibidas taxativamente en el artículo 38 de la misma Ley”.

En desarrollo de su función misional y de asesoría, apoyó de manera gratuita a 488 Concejos Municipales en la elección meritocrática de los personeros municipales para el período 2020-2024. De conformidad con lo estipulado en la Ley 21 de 1982, la ESAP cuenta con aportes de la nación, de los departamentos, intendencias, comisarias, el distrito especial de Bogotá y los municipios para su funcionamiento.

Por lo anterior, se considera que cuenta con el presupuesto para acompañar a los municipios en este propósito, adicionalmente en aras de garantizar la eficiencia y eficacia del proceso, ahorrar costos a los concejos municipales y evitar que los procesos se adelanten con entidades no idóneas que vayan en contravía del principio de mérito, la ESAP puede ser la entidad encargada de adelantar los concursos de méritos para la selección de los personeros municipales.

En ese orden de ideas, con el presente proyecto de ley se pretende establecer un término prudencial para que el concejo saliente inicie los trámites permitentes para adelantar el proceso de selección del personero municipal, toda vez que de la vigilancia preventiva que realiza la Procuraduría General de la Nación, se pudo establecer que los concejos iniciaban el concurso de manare tardía, lo que en últimas conlleva a disminuir injustificadamente el periodo institucional del personero y a tener personeros en interinidad.

A su vez, se aclara la competencia que tiene el concejo saliente y el entrante frente a la elección de personeros municipales y distritales. Esto porque tal como está redactada la norma actual generó dudas acerca de la competencia específica frente al concurso.

Se efectúa una modificación en que se establece que los aspirantes sólo podrán presentarse a la convocatoria de un único municipio y por tanto la ESAP hará una única convocatoria, corrigiendo así la problemática presentada en el concurso que adelantó en 488 municipios en las que se presentaron acciones de tutelas, una de las cuáles derivó en un fallo de un juez de la república que ordenó ampliar la inscripción a los demás municipios del país, situación que significó para la ESAP el uso de mayores recursos económicos, humanos y logísticos para cumplir el fallo mencionado.

Lo anterior, porque la habilitación de la inscripción múltiple representa un esfuerzo económico y logístico adicional por parte de la entidad que opera los concursos, en tanto se trata de convocatorias para diferentes municipios de distintas categorías, con pruebas de conocimiento diferentes.

Así mismo, la limitación a la inscripción múltiple no vulnera el derecho a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos y por el contrario garantiza que cada aspirante se inscriba a un cargo, permite optimizar recursos, garantizar el principio de celeridad y economía de la actuación administrativa.

Se aclara que, al ser un proceso de selección eminentemente meritocrático, el Concejo debe nombrar a la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegible, ya que esta

obligación en la actualidad está en el Decreto 083/15 y se hace necesario que adquiera fuerza de ley.

Se incluye un nuevo artículo en donde se establecen los plazos y demás condiciones de cada una de las etapas del concurso de méritos para la elección de los personeros, con el fin de que sean reglamentadas por el Gobierno nacional.

Adicionalmente, se incrementa el porcentaje de la prueba de conocimientos, con un valor porcentual del 70%; el valor de estudios y experiencia serán del 20%, de los cuales se le da un mayor peso a la experiencia; y el valor de la entrevista se mantiene incólume en un 10%. Se crea un examen de integridad a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de evaluar candidatos, también conocidos como pruebas psicométricas; estas pruebas tienen como fin predecir el comportamiento futuro de la persona evaluada. Con ello se promueve la elección meritocrática del personero disminuyendo la discrecionalidad e injerencia del Concejo Municipal en la selección.

Se modifica el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, con el fin de aclarar que se debe hacer en caso de faltas absolutas y temporales en el empleo de personero, señalando que en caso que exista encargo es de obligatoria aceptación por parte del funcionario de la personería, esto con el fin de evitar que los concejos designen a personas ajenas, muchas veces con fines netamente políticos, y en caso que se designe a personas externas, solo sea en el evento que ningún servidor cumpla con los requisitos del cargo.

Se modifica el artículo 173 de la Ley 136 de 1994, con el propósito de profesionalizar el cargo de personero, aumentando los requisitos académicos y de experiencia. Esto teniendo en cuenta las funciones que desempeñan los personeros municipales, las cuales están relacionadas con la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público, la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas y el control administrativo en el municipio, por lo cual es importante contar con profesionales idóneos que tengan la capacidad de responder a las demandas de la ciudadanía especialmente en los territorios con mayores problemáticas sociales.

Se crea un artículo para que en la personería se pueda cumplir el requisito de la judicatura por parte de estudiantes de derecho, y para optar por el título profesional de carreras afines a la Administración Pública, esto sirve por un lado para que los profesionales cumplan con los requisitos de grado y de otra forma de apoyo para descongestionar las personerías.

Se crea un artículo sobre informes de gestión de los personeros municipales o distritales, el cual responde a la necesidad de vigilar la gestión de las personerías como representantes del Ministerio Público en los municipios.

b. Disposiciones en materia de daño y reparación de los afectados por actos de corrupción.

En la legislación colombiana las víctimas de corrupción son invisibles, incluso inexistentes. Sin embargo, escenarios de corrupción como los relacionados con los Planes de Alimentación Escolar (PAE) y con los carteles de la salud, o la malversación de los fondos destinados a la gestión de la crisis por el COVID, entre muchos otros ejemplos, han mostrado con total claridad que aunque en el Código Penal el sujeto pasivo de delitos relacionados con la corrupción es la “Administración Pública”, en la realidad, hay víctimas de carne y hueso, ciudadanos que se ven profundamente afectados por los actos de corrupción.

Dar un lugar central a los afectados por actos de corrupción en el ordenamiento jurídico colombiano debe ser una prioridad del Estado colombiano, máxime cuando esos actos de corrupción derivan en la vulneración de derechos fundamentales.

Adicionalmente, cuando los derechos vulnerados son derechos colectivos indivisibles, y la víctima es por tanto la Nación, como representante de todos los ciudadanos, es urgente fortalecer la normativa para que se impongan las indemnizaciones que corresponde, de tal manera que los responsables de actos de corrupción deban siempre y en todo caso resarcir los daños que causen a la moralidad en la administración, el patrimonio público, el goce de un ambiente sano, la libre competencia económica y los demás derechos colectivos.

De ahí que este proyecto de ley, reconociendo que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con mecanismos para que los daños derivados de actos ilícitos sean indemnizados, busque fortalecerlos y complementarlos, pero con el foco puesto en los escenarios de corrupción. El propósito es doble: de un lado promover una reparación integral y efectiva de las víctimas individuales y colectivas de actos de corrupción; y de otro, garantizar que las indemnizaciones por estos actos sean invertidas en el resarcimiento y restablecimiento de los derechos colectivos indivisibles y cuya afectación mina la confianza de los ciudadanos en el Estado y deslegitima su actuación.

Para ello, además de articular las medidas existentes en el ordenamiento con la apuesta del Estado por acabar con el flagelo de la corrupción, el proyecto de ley se inspira en las “Buenas prácticas para identificar a las víctimas de corrupción y parámetros para su compensación” que han sugerido las Naciones Unidas luego de la Resolución 6/2 titulada “Facilitating international cooperation in asset recovery and the return of proceeds of crime”, expedida con ocasión de la Conferencia de los Estados Partes de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción del año 2016.

Así, el articulado que se propone incluye en primer lugar una definición del daño por actos de corrupción que recoge las tres facetas reconocidas en la legislación: la amenaza de lesión permanente, el daño continuado y el consumado. Igualmente, incorpora una definición de los afectados por daños de actos de corrupción y establece una forma de reparación de base y automática que consiste en el reconocimiento explícito en la decisión de fondo, por parte de toda autoridad que conozca de actos de corrupción e identifique, en el transcurso del proceso, afectados cuyos derechos fundamentales

hubieran sido vulnerados como resultado de dichos actos. Se consagra pues, la obligación de hacer visibles y reconocer a las víctimas individuales y colectivas de la corrupción.

En segundo lugar, se define el procedimiento para que la indemnización pecuniaria de los derechos colectivos vulnerados por hechos de corrupción sea efectiva en todos los casos y no quede al arbitrio de terceros y en muchos casos sin compensación por quienes se burlan del sistema jurídico para favorecer los intereses personales sobre los generales. La autoridad que conozca de los hechos deberá decretar la indemnización cuando tenga la facultad de imponer reparaciones. Si no cuenta con tal facultad, la entidad a cargo de los derechos colectivos o la Agencia Nacional del Estado deberán iniciar la acción popular u otra que garantice este tipo de indemnización. La Procuraduría podrá también impulsar e iniciar dichas acciones.

En efecto, teniendo presente que el reconocimiento de los hechos de corrupción puede darse en el ámbito administrativo, judicial, disciplinario, fiscal o penal, se contempla que cualquiera de esas autoridades, cuando tenga la facultad de imponer reparaciones, en la decisión condenatoria, tasará los perjuicios sufridos por la Nación. Esta norma es la monetización de los derechos afectados por los corruptos y la oportunidad del Estado de reclamar la indemnización correspondiente por los daños sufridos por la sociedad en general.

En tercer lugar, el proyecto de ley incorpora al ordenamiento la noción de daño punitivo, que cuenta con un recorrido importante en el *common law*, Estados Unidos en particular; y dentro de América Latina fundamentalmente en Argentina. Con esta figura se busca enviar un mensaje contundente a la sociedad, sobre la reprochabilidad especial de los actos de corrupción cuando la gravedad de la o las conductas y sus consecuencias sobre derechos vulnerados ameriten una medida ejemplarizante. Se trata de imponer indemnizaciones que vayan más allá de la compensación de los daños y afecten verdaderamente las finanzas de quienes cometen estos hechos, de tal manera que en ningún caso sea posible considerar la compensación de daños como un gasto de operaciones asumible en los balances de las empresas. Para esta indemnización, a diferencia de la compensatoria, deberá probarse dolo o culpa grave.

Los dineros provenientes de las indemnizaciones pecuniarias por vulneración de derechos colectivos y del daño punitivo, irán a un fondo cuenta a cargo de la Procuraduría General de la Nación, que deberá destinarse al restablecimiento de los derechos colectivos indivisibles afectados por los actos de corrupción, y a la reparación integral no pecuniaria de las víctimas individuales y colectivas.

Finalmente, el articulado robustece los componentes extrapatrimoniales de la reparación integral de los afectados por actos de corrupción, facultando a todas las autoridades que conozcan de estos hechos, a decretar medidas no pecuniarias de reparación integral, incluyendo la cesación del ilícito, la rehabilitación, la restitución no pecuniaria, la satisfacción y las garantías de no repetición.

c. Ajustes a la acción de repetición contenida en la Ley 678 de 2001.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado, y en su inciso segundo, incluye la posibilidad de repetición contra el agente estatal cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido la consecuencia de la condena al Estado.

La naturaleza y finalidades de la acción de repetición exige el deber, imperioso y cualificado, en cabeza del Estado de promover este medio de control. De no hacerlo, el servidor público o los particulares que desempeñen funciones públicas se verían exentos de responsabilidad, y por tanto, impunes¹¹. De esta manera se erige como un instrumento preventivo de lucha contra la corrupción y la arbitrariedad de tales agentes estatales.

La Ley 678 de 2001, define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción, el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas como consecuencia del fallo de responsabilidad dictado por el juez, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

De conformidad con la definición contenida en la ley, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que deviene del ejercicio de la acción de repetición es meramente resarcitoria, pues se ejerce con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes¹².

En los antecedentes legislativos de la Ley 678 de 2001¹³, que desarrolló la acción de repetición, se señaló que debe dirigirse a la consecución, entre otras, de las siguientes finalidades:

1. Intimidar a los servidores públicos con el objetivo de que no obren de manera negligente ni dolosa.
2. Reprimir moral y pecuniariamente y con severidad, mediante un proceso ágil con salvaguarda del derecho de defensa, las conductas gravemente culposas o dolosas de los agentes del Estado.
3. Promover los principios constitucionales de moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública.
4. Educar las actividades administrativas y las actuaciones de sus funcionarios en procura de una gestión pública que cumpla con eficiencia sus cometidos.
5. Recuperar parte de los dineros que el Estado ha pagado por las faltas de sus agentes.
6. Reducir el número de daños antijurídicos y por consiguiente procesos judiciales de responsabilidad estatal.

¹¹ Acorde a un concepto amplio de impunidad recogido, entre otros, en el “conjunto de principio para la lucha contra la impunidad”, allí se entiende por impunidad *“la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”* Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. ECOSOC. Resolución E/CN.4/2005/102/Add. 1 Distribución General el 8 de febrero de 2005.

¹² Sentencias C-309 de 2000 y C-484 de 2002, Corte Constitucional.

¹³ Proyecto de Ley 131 de 1999, Ponencias para primer y segundo debate Senado de la República, Gacetas del Congreso No. 14 de 10 de febrero de 2000, pág. 9, y No. 198 de 9 de junio de 2000, pág. 13.

Con base en lo anterior, lo procedente es garantizar que dicho reembolso sea efectivo, por ello, las disposiciones propuestas buscan darle mayor celeridad y zanjar discusiones jurídicas que se han suscitado alrededor de dicha acción. Este proyecto propone las siguientes modificaciones a la Ley 678 de 2001:

Dado que la acción de repetición no puede llevar a la impunidad de la responsabilidad del servidor público o particular que se desempeñe funciones públicas, se deben simplificar los supuestos que sirven para las presunciones de dolo y culpa grave (art. 5 y 6), pues en la práctica generan controversias procesales sobre el hecho indicador que da lugar a la presunción.

Se reduce de seis a tres meses el término previsto en el artículo 8 para ejercitar la acción. Ello es consecuente con la reducción del término del pago de sentencia de 18 meses (antiguo CCA) con los 10 meses que prevé el actual CPACA (art. 192).

En relación con las modificaciones al artículo 11 de la Ley 678 de 2011 y el literal i) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, se propone ampliar el término de caducidad de 2 años a 5 años con el fin de poder ejercer la acción y recuperar los dineros públicos. Hoy en día, las entidades estatales pagan sus condenas en promedio entre el 4 o 5 año después de haber sido condenadas por la concreción del daño antijurídico. Debido a que el pago de la condena es un requisito esencial para iniciar la acción de repetición, en el momento que se ha cumplido dicho requisito, la acción ya se encuentra caducada, y, por tanto, surge la imposibilidad de presentar la acción.

Por tanto, se propone extender este término a 5 años con el objeto de que una vez se realice el pago se tenga el tiempo para presentar la acción. Este tiempo es el concedido para la prescripción de las acciones fiscales y disciplinarias.

Debido a lo anterior, también es necesario modificar en el literal i) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que este regula la oportunidad para presentar las demandas en sede contencioso administrativa. El literal mencionado señala que cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, el término es de dos años.

En relación con la modificación al llamamiento en garantía contenido en el artículo 19 de la Ley 678 de 2011, se propone que no se exija la prueba sumaria de la conducta dolosa o gravemente culposa, y, por el contrario, que sólo sea exigible identificar el o los servidores que desplegaron la acción u omisión respecto de la cual se reclama la responsabilidad en la demanda y la prueba de esta situación. Quienes en el curso del proceso podrán ejercer su defensa y se les respeta el debido proceso.

El mencionado artículo, señala que se debe aportar prueba sumaria de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, lo cual implica un reconocimiento de la actuación generadora del daño, y en su párrafo, dispone expresamente que no se pueden proponer los eximentes de la responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

Estas disposiciones imposibilitan una adecuada defensa de la entidad, pues la entidad no puede realizar el llamamiento en garantía y al mismo tiempo formular para su defensa las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza

mayor. Esto genera que la figura procesal mencionada no pueda ser usada por las entidades y que el agente público no responda ni asista a un proceso¹⁴.

En un estudio realizado por la Agencia Nacional Jurídica del Estado en el 2019, de una muestra de 70 sentencias de acciones de repetición, no se encontró un sólo proceso en el cual se hubieran solicitado y/o decretado medidas cautelares. Comoquiera que la acción de repetición busca el efectivo reembolso de lo pagado por el Estado, se deben realizar modificaciones en las medidas cautelares y diferenciar claramente las aplicables en el llamamiento en garantía y las ejecutables en las acciones de repetición.

Respecto a las primeras, considerando que ya existe un reconocimiento indemnizatorio, y que en la acción puntualmente se expone la actuación dolosa o gravemente culposa del agente, es posible solicitar como medidas cautelares el embargo de dineros, salarios u otros bienes por un monto suficiente para pagar lo que se reclama en repetición, tal y como se puede decretar en los procesos de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, en cuanto al llamamiento en garantía, en este evento, aún no se tiene determinado el reconocimiento indemnizatorio, por lo cual, no existe un detrimento que permita a su vez establecer la necesidad de medidas cautelares tan estrictas, por lo cual se propone únicamente el embargo de bienes sujetos a registro.

De otra parte, la exigencia de una caución para el decreto de una medida cautelar se constituye en un requisito inoficioso e innecesario, por cuanto el solicitante de ésta es una entidad pública que, se supone, tiene una garantía más que suficiente en su presupuesto; igualmente se trae a colación otra vez el proceso de responsabilidad fiscal en el cual no es necesario de una caución para decretar la medida. También, es un buen fundamento lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 232 del CPACA, según el cual no se requerirá caución “cuando el solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública”.

Ahora bien, se propone como modificación que se determine el margen de maniobrabilidad de la entidad pública en torno a una conciliación, que le permita, si ésta se adelanta en el curso de la acción de repetición o de manera prejudicial, disminuir lo solicitado en la pretensión.

Los servidores públicos condenados en repetición no gozan de la suficiente solvencia económica y no ostentan de bienes inmuebles, por lo tanto, así tengan la intención de pagar o la entidad proceda con la ejecución, la realidad es que no existe una verdadera posibilidad de recuperación.

Lo anterior, se dificulta aún más considerando que el ordenamiento no prevé una consecuencia distinta a la ejecución que coaccione al pago de la condena, lo cual impide que exista recuperación de los bienes. Con base en lo anterior, se modifica lo relacionado

¹⁴ Consejo de Estado, Expediente 24187, Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de dos (2) de julio de dos mil cuatro (2004).

con la conciliación judicial y extrajudicial y se propone un nuevo artículo relacionado con acuerdos de pago.

En la acción de repetición fuera de la condena y su correspondiente ejecución, no existe ninguna consecuencia en el ordenamiento jurídico con un resultado adverso en el marco de una acción de repetición o de un llamamiento en garantía con fines de repetición. El artículo 17 de la Ley 678 de 2011 contemplaba la desvinculación del servicio, caducidad contractual e inhabilidad sobreviniente, dicha consecuencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional toda vez que era desproporcional y atentaba con otros derechos.

En consonancia con lo anterior, se propone acoger el texto dispuesto para la responsabilidad fiscal, el cual ya ha sido revisado por la Corte Constitucional que, en sentencias C-877 de 2005 y C-101 de 2018, declaró la exequibilidad de la norma.

En ese sentido, sería viable establecer un boletín de condenados en repetición, cuya responsabilidad podría estar a cargo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

También, resulta conveniente establecer el deber de abstención por parte de los representantes legales de todas las entidades públicas del nivel territorial y nacional de nombrar, posesionar o celebrar cualquier contrato con quienes registren en este boletín.

Desde luego la permanencia en el boletín dependerá de la fecha en que se constate el pago, aunque en aras de lograr el empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos y una mayor recuperación resulta recomendable establecer la posibilidad de ser relevado del boletín si se suscribe un acuerdo de pago. Sin embargo, el incumplimiento del acuerdo podría establecerse como causal de desvinculación o de terminación anticipada del contrato.

d. Ajustes al régimen disciplinario para combatir la corrupción

El derecho disciplinario busca que la gestión pública se desarrolle con estricto respeto a la constitución y la ley, sancionando las conductas reprochables de los servidores públicos. Por ello, el derecho disciplinario resulta un instrumento fundamental contra la lucha contra la corrupción.

Este instrumento, para que sea eficaz, debe construirse con herramientas sustanciales y procesales adecuadas, que permitan investigar, juzgar y sancionar al servidor público o al particular que ejerce funciones públicas o administra recursos públicos en desmedro de los fines del Estado.

Por ello, el presente proyecto de Ley, para evitar impunidades, ha considerado que se debe diferenciar los términos de prescripción de la acción disciplinaria teniendo en cuenta el tipo de falta. Una falta gravísima, cometida con dolo, debe tener un término de prescripción mayor al de una falta leve cometida con culpa.

La experiencia de las últimas décadas enseña que la macro corrupción y la corrupción transnacional, por su complejidad y por los mecanismos de ocultamiento de las acciones corruptas, las actuaciones son conocidas por las autoridades competentes muchos años después de su consumación, lo que ha llevado a que las acciones disciplinarias se encuentren prescritas al momento de conocerse de su existencia. En estos casos, cinco años, como término de prescripción, resulta supremamente corto, pero ese mismo tiempo, para faltas leves, termina siendo razonable.

Por esta razón, es aconsejable hacer la distinción de las prescripciones propuestas en este Proyecto de Ley, ampliando los términos de prescripción de la acción disciplinaria, bajo la diferenciación de la gravedad de la falta, cinco (5) años para las faltas leves y graves, diez (10) años para las faltas gravísimas culposas y quince (15) años para las faltas gravísimas dolosas. En el mismo sentido, se propone una ampliación para las sanciones disciplinarias, en cuyo caso oscilarían en un término de quince (15) a veinte (20) años de destitución e inhabilidad a los servidores públicos o particulares disciplinables.

Por otro lado, para lograr una justicia disciplinaria más pronta, se propone, como parte de la justicia premial, conceder rebajas a la sanción para aquellos investigados que confiesan.

Se introduce, en este Proyecto de Ley, la figura del particular determinador, bajo el entendido que es una manera reprochable del particular de acceder, a través de otro, a la función pública y, por ello, se extiende el alcance de los deberes especiales de sujeción a estos sujetos.

Ahora bien, en cuanto a lo procesal, se entiende que, para el momento actual, aún no se dispone con las salas de audiencia necesarias, tanto en las personerías municipales, oficinas de control interno disciplinario y en la Procuraduría General de la Nación, en sus diferentes niveles (provinciales, regionales y delegadas), para pasar de un sistema escritural a uno oral, aunados a los gastos que puede conllevar la formación de los servidores en temas de oralidad.

Esto podría causar que las audiencias no se puedan adelantar de manera oportuna, corriendo el peligro de la acumulación de procesos sobre los cuales no se pueda tomar una decisión pronta y podría concluir en un colapso del proceso disciplinario e impunidad en temas tan sensibles como la lucha contra la corrupción. Por esta razón, se propone, por regla general, el regreso a un proceso escrito, respetando las garantías de los procesados, con ajustes en ciertas figuras.

Otro aspecto relevante que se plantea como mejora del régimen disciplinario, es la dosimetría de las sanciones, definiendo una proporcionalidad y progresividad en la imposición de las mismas conforme al tipo de hechos y responsabilidades. Las sanciones se gradúan dependiendo de la actuación, es decir si fue dolo o culpa.

Se adiciona un numeral que obedece a tipificar como falta gravísima la conducta de los servidores públicos que sean representantes legales de entidades públicas cuyas cuentas fiscales la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones conferidas por la Constitución y la Ley 42 de 1993, no fenezcan y obtenga dictamen negativo o con abstención de opinión de sus estados financieros durante dos (2) vigencias fiscales consecutivas.

La anterior adición, corresponde a la sesión que tuvo el Procurador General de la Nación en la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes el 11 de octubre de 2018, en la que los representantes manifestaron su preocupación al respecto, señalando que durante más de diez vigencias fiscales han encontrado inconsistencias en los balances de varias entidades y que no se han obtenido los fenecimientos o se ha dado dictamen negativo a sus estados financieros. Así, solicitaron analizar si esta causal podía ser incluida en la ley como causal de falta gravísima, y a lo cual este proyecto decide atender el llamado de los Representantes a la Cámara.

Adicionalmente, se requiere de una norma positiva clara y contundente que despeje cualquier criterio de duda frente a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para ejercer la acción disciplinaria contra particulares que ejerzan funciones públicas, o accedan a ella de manera accesoria, determinando al servidor público y/o administren recursos públicos en aras de salvaguardar la probidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función.

Consecuentemente con lo anterior, se debe dotar al poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación de herramientas útiles que permitan castigar las faltas de estos sujetos quienes en muchas ocasiones no cuentan con un cargo público del cual pudieran ser destituidos, ni el interés de ejercer alguno en el futuro de donde se derivaría la eficacia de la suspensión, por lo cual se establece como medida disciplinaria, la prohibición de contratar con el Estado, ya sea como persona natural o para la persona jurídica que representa legalmente.

e. Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia

La experiencia demuestra que no bastan sanciones económicas, disciplinarias, fiscales o penales, sino que es necesario exaltar una verdadera política pública de prevención en el ejercicio de la actividad contractual y de la gestión colectiva. Por eso, este proyecto propone el fortalecimiento de algunas disposiciones jurídicas que promuevan la gestión contractual del Estado y faciliten los mecanismos de prevención de la corrupción en esa materia.

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, desde su estructuración inicial hasta la fecha, ha sido modificado en varias ocasiones -Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1778 de 2016,

entre otras- con el propósito de ampliar y clarificar el ámbito de aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. No obstante, la inhabilidad relacionada con financiadores de campañas electorales, debido a su redacción, es confusa en su aplicación, además de excluir sin justificación alguna, las campañas electorales de corporaciones públicas, así como los contratos de prestación de servicios profesionales. Por lo tanto, se hace necesario modificar dicho artículo.

La propuesta busca que la inhabilidad de aportantes o donantes de campañas electorales se aplique de forma general y sencilla, prohibiendo que aquellos que aportaron a campañas políticas puedan contratar con las entidades que están al mando del candidato elegido, en todos los niveles administrativos.

Ahora, es importante traer a colación que la Transparencia Gubernamental es el deber de todo Gobierno de informar, dar cuentas y poner a disposición de sus ciudadanos la información pública, bajo la premisa de un gobierno democrático que debe fungir como guardián de la información que tiene de los ciudadanos y para los ciudadanos, y documentar cada una de sus actuaciones, con el propósito y fin de permitir el ejercicio del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca expresamente la ley.

De igual manera, cuando hablamos de Transparencia estamos haciendo referencia a la honestidad, ética y responsabilidad que deben tener los gobiernos y los entes públicos a fin de dar a conocer a los ciudadanos cuáles son las gestiones y actividades en las que se realizan y de las inversiones económicas de importancia social. Por lo tanto, es necesario generar una relación de confianza y seguridad con los ciudadanos con el fin de dar a conocer todas aquellas actividades, negociaciones, presupuestos y acceso a la información que es de carácter e interés público, porque para el estado y sus entidades en todos sus ámbitos tanto del nivel nacional como territorial debe ser una impronta en todo su quehacer hacer público lo público.

Es cierto, que los sistemas de gobierno y las instituciones cuentan con métodos de control, sin embargo, la vida en sociedad hace que surjan acciones ilegales, corruptas, oscuras que implican falta de transparencia y claridad.

Por esta razón, y teniendo en cuenta que la contabilidad en el sector privado es el *"lenguaje de los negocios"* y en el sector público es el *"lenguaje de los gobiernos"*, es necesario fortalecer la transparencia en este aspecto, pues su estrecha relación en el mundo de los negocios para los diferentes actores de los niveles privados y públicos, requiere de una buena práctica en el marco de la contabilidad en el desarrollo de los procesos contractuales que adelanta el Estado y a los cuales concurren los particulares como agentes coadyuvantes de la gestión estatal. Así las cosas, se busca establecer imperativos para poder transparentar el uso de los recursos públicos, aprovechando la tecnología de la información y las comunicaciones.

Por último, la importancia del buen manejo de los recursos del Plan de Alimentación Escolar (en adelante PAE), es fundamental para la transparencia y lucha contra la corrupción, y más aún cuando se habla de los recursos que están destinados a la niñez del país.

Por ello, con esta propuesta se busca incorporar tres medidas para que se cumplan los contratos del PAE, en garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de Colombia. Estas consisten en: i) mayor tiempo de inhabilidad por la imposición de dos (2) multas por incumplimientos o mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; ii) incorporar facultades excepcionales al artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para la interpretación y modificación unilateral de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos; y iii) se otorgan facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer sanción de inhabilidad a aquellos proveedores del PAE que incurran en prácticas violatorias al régimen de protección para la competencia.