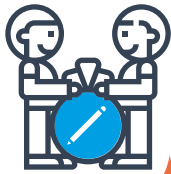


Capítulo 7








Actos de corrupción en materia de contratación estatal. Medidas recomendadas para prevenirlos y eventualmente sancionar su ocurrencia

El Consejo de Estado³⁶ ha hecho recomendaciones a las entidades públicas con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, sin perjuicio de que se pueda acudir a las vías judiciales cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa:

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

 El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;


 La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y


 La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. (...).


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

a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban “pactos o compromisos de integridad”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;

b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, “declaración de origen de fondos” en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el **artículo 27 de la Ley 1121 de 2007** (sic)³⁷;

 Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;


 Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados,

 El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su de-


ber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal. (...).


Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “medios ilegales”, y que dentro de ese ámbito, los “actos de corrupción” se enmarcan dentro de la noción de “medios ilegales”. Así mismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseguida se explicarán. (...).


En las cláusulas contractuales:

 La entidad incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionis-

tas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.

 También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero. En todo caso, se establecerá que, con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

 Con el fin de proteger los intereses de la Administración, se deben incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.

 En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financieros, legales y reputacionales, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante”.

FRENTE AL TEMA DEL CONFLICTO DE INTERÉS³⁸ Y TRATÁNDOSE ESPECÍFICAMENTE DE PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

El Consejo de Estado^{39 40} ha dicho que no hay una norma constitucional, legal o reglamentaria que impida que una persona que haya laborado en una entidad pública, después sea parte del equipo de trabajo de un contratista de la misma entidad y que tampoco es cuestionable que una persona aparezca en dos ofertas presentadas en el mismo proceso de selección “porque en definitiva, el personal propuesto, así hubiesen nombres en común en ambas propuestas, trabajaría exclusivamente con quien resultare adjudicatario del contrato.

No obstante lo anterior, también ha dicho que “el hecho de que las personas presentadas en el equipo de trabajo de una oferta hayan intervenido directa o indirectamente en la elaboración de los pliegos de condiciones y hayan sido trabajadores habituales de la empresa, **pueden atentar contra “los principios de transparencia y selección objetiva**, así como contra aquellos que deben inspirar la función

administrativa, según el artículo 209 de la Constitución Pública: igualdad, moralidad, eficacia, economía e imparcialidad”.

FRENTE A LA PROHIBICIÓN PARA QUE EXSERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 1474 DE 2011⁴¹

La Corte Constitucional⁴² manifestó que “esta limitación pretende evitar que terceros pueden beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Así las cosas, la prohibición solamente aplicaría para que el exservidor público preste, a título personal o por interpuesta persona, servi-

cios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Sin embargo, para los asuntos sobre los cuales conoció específicamente el ex-servidor público, la prohibición se extiende en el tiempo, y por ello no existe la posibilidad de que conozca de los mismos hacia futuro, de manera indefinida”.

Es decir, “según con lo estipulado por la Corte Constitucional, las prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la ley 1474 de 2011 se destinan única y exclusivamente respecto de los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Se entiende por asuntos concretos, aquellos que se conocieron en ejercicio de sus funciones de carácter parti-

cular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

Aplicación de la prohibición frente a los contratistas del Estado:

Conforme a lo indicado en la normativa y la jurisprudencia actual, los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos, así lo ha reiterado el Departamento Administrativo de la Función Pública⁴³:

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. Ahora bien, la jurisprudencia también ha señalado que el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones.

Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Por lo tanto, para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

Puestas así las cosas se tiene que la prohibición de gestión de intereses privados establecida en el art. 3 de la ley 1474 de 2011, se extiende a servidores públicos y no aplica a contratistas de prestación de servicios por cuanto no tienen la calidad de servidores públicos”.

FRENTE A LA INHABILIDAD PARA EXEMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 1474 DE 2011.


El Departamento Administrativo de la Función Pública⁴⁴ indicó que la Ley 1474 de 2011 busca terminar con la llamada “puerta giratoria” y evitar que el sector privado tome ventaja del Estado al contar con exfuncionarios públicos que, habiendo laborado en la administración pública, puedan utilizar sus influencias para actuar ante la misma.


“De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, en virtud de una política pública cuya finalidad atiende a erradicar y prevenir, no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del Estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal.




Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con **aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección** para evitar que puedan utilizar sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos”.

Se considera que las inhabilidades para contratar con el Estado consagradas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 4º de la Ley 1474 de 2011, **se refieren a la prohibición de participar en licitaciones y celebrar contratos estatales con la entidad respectiva frente a quienes:**

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

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

 Tuvieron la calidad de trabajadores oficiales, al hacer parte del concepto genérico de servidores públicos.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR DE QUIENES FINANCIEN CAMPAÑAS POLÍTICAS

El Artículo 2°. de la Ley 1778 de 2016, que modificó el numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, adicionando un nuevo numeral, establece una inhabilidad para quienes financien campañas políticas así:



- Si se financian campañas políticas con aportes superiores al 2.0% de la suma total de la campaña.



- No podrán contratar con las entidades públicas, respectivas al candidato elegido.

- Durante el período del candidato elegido.



- Se extiende al segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, del financiador.

- No se aplica a contratos de prestación de servicios profesionales.



- También comprende:
MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS, SOCIOS CONTROLANTES



financiadores de las campañas



- Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral NO podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.
- La inhabilidad se extiende por TODO el período para el cual el candidato fue elegido.
- La causal se extiende a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.
- La inhabilidad también comprende a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas polí-

ticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

- La inhabilidad NO se aplica respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

En relación con esta inhabilidad, el Departamento Administrativo de la Función Pública⁴⁵ aclaró que:

1. “La vinculación al Estado mediante la celebración de un contrato estatal, no corresponde a una vinculación legal o reglamentaria como empleado público, toda vez que hace alusión a una relación con particulares para que temporalmente estos ejerzan funciones públicas; en consecuencia, los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos”.

2. Quien haya sido gerente de una campaña electoral o contador, posteriormente vincularse para ejercer un cargo público; teniendo en cuenta que la inhabilidad del artículo 33 de Ley 1778 de 2016, está dispuesta para quien haya financiado la misma exclusivamente.

FRENTE A LA INHABILIDAD CONSTITUCIONAL PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES POR PARTE DE SERVIDORES PÚBLICOS

Esta inhabilidad es de **rango constitucional** si tenemos en cuenta que el **artículo 127** de la Constitución Política de Colombia indica expresamente que *“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”*.

Así mismo, el **artículo 128** establece que *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”*.

Estas normas deben aplicarse en armonía con la Ley 4ª de 1992 que en su artículo 19 establece que *“Nadie podrá desempeñar simultá-*

neamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y con el **literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 que establece la inhabilidad para contratar por parte de los servidores públicos.**

Ahora, en relación con el contrato celebrado por interpuesta persona, el Consejo de Estado^{46 47} ha dicho que este se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad.

“En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”.

En este punto, vale la pena abordar el tema de los **concejales municipales** para quienes existe prohibición de suscribir contratos estatales con organismos y entidades públicas, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo. Ha reiterado el Departamento Administrativo de la Función Pública⁴⁸ que el concejal municipal, al ser un servidor público se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con entidades del Estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 Constitucional y el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993”.

FRENTE A LA INHABILIDAD GENERADA POR GRAVES INCONSISTENCIAS EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES. ANÁLISIS DE LAS INHABILIDADES INTEMPORALES.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), establece que “En el evento en que la Cámara

de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. **En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente”.**

Al momento de revisar la constitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-1016 de 2012⁴⁹ indicó que esta medida es “constitucionalmente legítima, razonable y proporcionada, pero su aplicación requiere del agotamiento previo del procedimiento previsto en la ley”.

Así mismo, se refirió a las **inhabilidades intemporales** justificando su existencia así:

☺☺ *El estudio de esta línea jurisprudencial conduce a establecer que la Corte ha empleado tres argumentos principales para justificar la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales: (i) ha estimado que el objeto de las normas que las consagran no es castigar la conducta de la persona que resulta inhabilitada, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la excelencia e idoneidad*

del servicio público, “mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo”; (ii) ha considerado que dado que en la propia Constitución están consagradas expresamente algunas inhabilidades intemporales, el legislador puede proceder en idéntica forma al establecer otras de carácter legal; (iii) ha señalado que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir el régimen de inhabilidades))).

Finalmente, indicó que ((i) la medida adoptada por el legislador (inhabilidad permanente para contratar con el Estado), afecta a quien de manera reiterada inobserve los deberes y las obligaciones que la ley le imponen como proponente inscrito en el RUP; (ii) la medida es objetivamente justificable (no arbitraria), teniendo en cuenta que afecta a quienes no cuentan con capacidad técnica, económica ni financiera para ejecutar un contrato, para demostrar lo contrario incurren en graves inconsistencias y por este hecho han sido inhabilitados previamente por un periodo de cinco (5) años y, a pesar

de su reprochable comportamiento, insisten en violar los principios y la reglas de la contratación, y (iii) la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar la realización de los valores, principios y reglas jurídicas que gobiernan la contratación estatal, concebida como un medio para lograr los fines estatales), ya que busca impedir que personas naturales o jurídicas carentes de cualidades suficientes (transparencia, probidad, honestidad y moralidad) puedan contratar con el Estado.

Para la Sala, la medida es razonable (no es arbitraria) teniendo en cuenta la correspondencia que existe entre el medio empleado (inhabilidad permanente para contratar con el Estado) y el fin perseguido (garantizar la transparencia, probidad, honestidad y moralidad en la contratación estatal) 🍷🍷.

Notas al pie

38. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2260. Fecha: 10 de agosto de 2015.

39. La sentencia hace referencia a la Ley 1121 de 2006 “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, que establece en su artículo 27 “El Estado colombiano y las Entidades Territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de sus recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas”.

40. Ver informe de la OCDE frente al Sistema de Compras Públicas en Colombia en <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?module=newsmodule&action=view&id=1892>

41. Sentencia Consejo de Estado. Subsección. A. MP. Calos Alberto Zambrano Barrera. Radicación 34289. Fecha: 13 de abril de 2016.

42. Concepto DAFP. 85561. Fecha: 18 de marzo de 2019.

43. **Nota:** Este artículo fue derogado por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario) que entrará en vigencia el 1º de julio de 2021.

44. Sentencia Corte Constitucional C- 257 de 2013.

45. Concepto DAFP. 92831. Fecha: 22 de marzo de 2019.

46. Concepto DAFP. 71561. Fecha: 7 de marzo de 2019.

47. Concepto DAFP. Rad. 141171. Fecha: 6 de mayo de 2019.

48. Sentencia Consejo de Estado. MP. Darío Quiñonez Pinilla. Radicación: 3875. Fecha: 19 de enero de 2006. Concepto DAFP. 58351. Fecha: 26 de febrero de 2019.

49. Concepto DAFP 59171. Fecha: 27 de febrero de 2019.

50. Concepto DAFP 90241. Fecha: 20 de marzo de 2019.

51. Corte Constitucional. Sentencia C-1016 de 2012. MP: Jorge Iván Palacio. Fecha: 28 de noviembre de 2012.

