

**EFFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN
EJECUTADOS EN EL EXTERIOR POR CONTRATISTAS EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN ESTATAL**

**LEGAL EFFECTS ARISING FROM CORRUPTION ACTS EXECUTED ABROAD
BY CONTRACTORS IN THE MATTER OF STATE CONTRACTING**

Laura Margarita Hernández Dager¹

laurahernandezdager@hotmail.com

Adriana Sierra Andrade²

asia2820@hotmail.com

Rafael Posso Herrera³

rafaelposso20@gmail.com

¹ Abogada, egresada de la Universidad Del Sinú. Correo electrónico: laurahernandezdager@hotmail.com

² Abogada, egresada de la Universidad Javeriana De Cali. Correo electrónico: asia2820@hotmail.com

³ Abogado, egresado de la Universidad Rafael Núñez. Correo electrónico: rafaelposso20@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo de investigación gira en torno a los efectos jurídicos que se derivan para contratistas en Colombia, por incurrir en actos de corrupción en el extranjero. Por lo anterior, los resultados que se quieren obtener con la investigación van encaminados a identificar las implicaciones jurídicas a las que se ve sometido el contratista inhabilitado por actos de corrupción cometidos en el extranjero en materia de Contratación Estatal.

No obstante, se identificará la normatividad aplicable a la contratación estatal en Colombia, los convenios relacionados con la materia y se establecerán los efectos de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de la ley 80 de 1993, se traerán a colación aquellos casos de contratistas inhabilitados en el extranjero y que vienen a Colombia a contratar sin restricción alguna, en ese orden de ideas, al final de la investigación se tendrá un análisis de Derecho comparado sobre las implicaciones jurídicas que se derivan en distintos países por actos de corrupción cometidos por contratistas del Estado en el extranjero.

Cabe resaltar que esta investigación es netamente documental, de tal suerte se abordará la bibliografía necesaria para recopilar la información que permita darle respuesta a la pregunta problema, se utilizarán las técnicas de observación documental, resumen analítico, presentación resumida y análisis crítico.

Pese a que el tema objeto de investigación no ha sido frecuentemente abordado por investigadores centrados en el área o línea de la administración pública y su parte contractual, con el presente proyecto se espera la identificación de la normatividad aplicable a la contratación estatal en Colombia y en el

extranjero, de tal forma que se pueda realizar un minucioso estudio que permita la culminación de dicha investigación y la realización de un artículo científico que tenga como hilo conductor la temática de los efectos jurídicos derivados por actos de corrupción realizados por contratistas fuera del país.

ABSTRACT

PALABRAS CLAVES

Contratista, Estado, transparencia, sociedad, corrupción, inhabilidad.

KEY WORDS

contractor, State, transparency, society, corruption, disability.

INTRODUCCIÓN

Durante décadas, los contratos estatales ha sido lo más anhelado por contratistas que se dedican al suministro de bienes y servicios, siendo ello premisa fundamental para que haya decenas de prácticas irregulares y maniobras para conseguir la adjudicación de contratos con el Estado colombiano, afectando ello sin lugar a dudas principios claves dentro del régimen de contratación, verbigracia, el de transparencia, el cual es vital en este tipo de procesos, pero es que no únicamente en Colombia se disputan los contratos estatales, el doctrinante Carlos Guillermo Castro Cuenca en su libro titulado “La Corrupción En La Contratación Pública En Europa” señaló que “La contratación pública es la actuación administrativa de mayor relevancia económica en el mundo, actualmente reporta una utilidad de más de diez billones de euros, cantidad que constituye más del catorce por ciento del PIB mundial” (CUENCA, 2009)

No obstante, el autor también señala que la importancia y el interés de muchos en celebrar contratos con el Estado hasta el punto de cometer actos irregulares radica en que estos permiten “la edificación de gran parte de la infraestructura necesaria para el progreso económico, representada en la construcción de vías de comunicación, proyectos de infraestructura energética y

redes de telecomunicaciones, sin las cuales sería imposible el desarrollo de la vida moderna” (CUENCA, 2009).

En ese orden de ideas y siguiendo lo expresado por el autor señalado hay que reconocer que la contratación pública además de ser muy rentable, es fundamental para la construcción de grandes obras, para el crecimiento de la economía y para la oferta de un sin número de empleos directos e indirectos que tengan como finalidad la materialización de los fines estatales.

Es preciso anotar que a pesar de que el tema de la corrupción en materia de contratación estatal es un asunto antiguo no ha sido muy abordado desde la óptica de la investigación, siendo ello una de las razones sólidas para indagar con respecto al mismo.

Durante años en Colombia han llegado firmas tales como como la española filial OHL denominada como concesión, la firma Odebrecht, la firma Camargo Correa, a quien la fiscalía en 2017 la empezó a indagar por presuntos actos de corrupción en la adjudicación de obras de Hidroituango , la firma Andrade Gutiérrez compañía brasilera de construcción, también la OAS, en Brasil, encargada de la construcción civil y pesada, firmas que pese a estar inhabilitadas en el exterior han buscado participar en procesos de selección para adjudicación de contratos.

En el 2015 la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) le había adjudicado un contrato de 1,2 billones de pesos para ampliar la autopista entre Popayán y Santander de Quilichao al consorcio en el que está la firma Hidalgo e Hidalgo (De Ecuador). Esta empresa ecuatoriana está bajo investigación por supuestamente haber pagado más de 10 millones de dólares en sobornos a altos funcionarios (semana, 2015).

Pese a existir la ley 1474 del 12 de julio de 2011 sobre anticorrupción, la cual reza que las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública o soborno transnacional, cuya pena sea privativa de la libertad, están inhabilitadas para contratar por 20 años, así como las empresas en las que sean socias, a sus matrices y a sus subordinadas (semana, 2015).

A lo anterior se le suma la convención firmada por Colombia en 2013 para combatir el cohecho, la cual fue propuesta y desarrollada por los países pertenecientes a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) con el fin de sancionar a funcionarios que incurrieran en este tipo de comportamientos y prácticas irregulares en la contratación estatal. El asunto de empresas inhabilitadas en otros países no es reciente, la multinacional alemana Siemens fue condenada por pagar sobornos y por ende por corrupción en distintos países, empero, la misma fue durante años una de las proveedoras de equipos y tecnologías específicamente a empresas del Estado, aun conociendo el Estado colombiano la inhabilidad.

Lo anterior deja en evidencia que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un vacío normativo que le da vía libre a la corrupción en este tipo de asuntos, como tampoco se tiene clara la ruta a seguir en aquellos casos en que haya sucursales en Colombia de las empresas inhabilitadas y que cuyos directivos o socios reciben medidas de aseguramiento o sentencias judiciales por actos de corrupción y con todo y eso se asocian y logran contratar con el Estado. En fin, este es el tema que se abordará en el presente artículo, el cual se deriva de una investigación previa con respecto al asunto.

En ese orden de ideas, encontrarán, en el primer capítulo todo lo pertinente a la normatividad aplicable a los contratistas y sociedades que ejecutan actos de

corrupción en el extranjero en materia de contratación estatal, en el segundo capítulo, los efectos de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de la ley 80 de 1993 y de la ley 1474 de 2011, en el tercero, los efectos jurídicos que implican los actos de corrupción ejecutados en el exterior por sociedades y contratistas en materia de contratación estatal y finalmente en el cuarto se hará Derecho comparado, especialmente en países del continente europeo sobre el asunto de actos de corrupción cometidos en el extranjero por contratistas.

Por último, es pertinente traer a colación los objetivos específicos que de una u otra forma llevarán a darle respuesta a la gran pregunta problema que en el trabajo de investigación se planteó, dichos objetivos específicos son:

- ☛ Identificar la normatividad aplicable a los contratistas que ejecutan actos de corrupción en el extranjero en materia de contratación estatal

- ☛ Establecer los efectos de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de normas colombianas como la ley 80 de 1993 y de la ley 1474 de 2011.

- ☛ identificar los efectos jurídicos que implican los actos de corrupción ejecutados en el exterior por contratistas en materia de contratación estatal

- ☛ Realizar derecho comparado sobre el asunto de actos de corrupción cometidos en el extranjero por contratistas en materia de Contratación Estatal.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Hablar de corrupción en Colombia es sin lugar a dudas hacer referencia al diario vivir de la nación, al sin número de noticias periodísticas y sucesos que a cada minuto se evidencian en la sociedad colombiana, en donde además, todas las entidades públicas del país están en un inminente alto riesgo de corrupción, tanto así, que el observatorio de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la república en agosto de 2016 expresó que “de 1.850 sanciones que se han logrado por delitos contra la administración pública, la mitad de los implicados no paga cárcel y del porcentaje restante, el 25% logra que le den casa por cárcel” de esta manera el informe también sacó a colación lo afirmado por el INPEC, es decir por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el cual indicó que “el promedio de las penas para los delincuentes de cuello blanco es de apenas 24 meses” cumpliéndose muchas de estas condenas en selectos pabellones donde los

reclusos tienen excéntricas comodidades que sin dudar los ubica en situación de ventaja frente a los otros delincuentes que allí se encuentran.

Ahora bien, ¿Qué se entiende por corrupción? Para efectos de nuestra investigación, encontramos pertinente ceñirnos a la definición dada por TRANSPARENCIA, (2013) cuando afirman que la corrupción es “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado”

De acuerdo a lo planteado, el análisis, y la implementación de correctivos frente a la corrupción en materia de contratación estatal es de vital importancia, siendo, además, una de las problemáticas a la que más atención se le está brindando por parte de los organismos de control. Es muy importante revisar tanto en la normativa vigente, como en los pronunciamientos del Consejo de Estado, las medidas implementadas en relación con los contratistas que han sido inhabilitadas por actos de corrupción, con miras a establecer si existe una adecuada protección del patrimonio de la nación, y si el hecho de haber cometido los ya referenciados actos de corrupción, constituye una barrera para que estos contratistas y/o sociedades no ejecuten, bajo ninguna modalidad, contratos Estatales.

Es tanta la trascendencia de este asunto, que el Consejo de Estado se ha referido al asunto diciendo que:

la corrupción no es un problema local, sino que ha asumido la forma de un fenómeno transnacional que produce consecuencias en todas las economías, de donde emerge la cooperación internacional como herramienta indispensable para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de manera eficaz (SENTENCIA , 2015). Y expresa la misma sentencia que la corrupción

Es una de las principales amenazas contra los Estados, toda vez que vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando

graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública; también la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado (SENTENCIA , 2015).

No obstante “afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad.” (SENTENCIA , 2015)

Es tanto el perjuicio de la corrupción, que tal como lo asegura el Consejo de Estado, la misma “reduce la inversión, aumenta los costos, disminuye las tasas de retorno, obstaculiza el comercio internacional, aumenta los precios de los bienes y servicios y reduce su volumen y calidad” (SENTENCIA , 2015)

Ademas de las normas señaladas en líneas anteriores, hay que resaltar que actualmente la contratación estatal se rige por varios principios que sin lugar a dudas van articulados con uno de los principios macro de la contratación y es precisamente el de transparencia, ese que según la honorable Corte Constitucional busca “garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas” (Sentencia, 2015)

En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir «aun en los casos de contratación directa o urgencia” (DANEYI MARTINEZ HERRERA, 2014).

El principio de transparencia tal como lo expresa la ley 80 de 1993 apunta a la imparcialidad, igualdad y objetividad en todo aquel proceso que desde la contratación estatal se haga efectivo, es por ello que el Consejo De Estado en varias oportunidades ha manifestado que

Dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración (SENTENCIA, 2011).

Es de esta manera como el ordenamiento jurídico ha expedido normas que regulan todo el asunto de la contratación estatal en el país, apuntando siempre a la transparencia de los procesos y a la erradicación de la corrupción que lleva a la vulneración de los principios que optimizan dicha la contratación, principios tales como el de igualdad, responsabilidad, economía, eficacia, eficiencia, entre otros que sin lugar a dudas son de vital importancia en el tema objeto de estudio.

Con base en el panorama planteado anteriormente, la investigación de la cual se despliega el presente artículo gira en torno a las implicaciones jurídicas a las que se ve sometido en Colombia, el contratista inhabilitado por actos de corrupción, por malas prácticas ejecutadas en el extranjero en materia de Contratación Estatal, sin dejar a un lado el mismo tema pero por actos de corrupción cometidos en Colombia, entendiendo a la corrupción como “un fenómeno social, político y económico complejo que afecta todo el país. La

corrupción socava instituciones democráticas, disminuye el ritmo del desarrollo económico y contribuye a la inestabilidad gubernamental.” (UNODC, s.f.)

Este es un artículo producto de una investigación que parte precisamente al ver el constante crecimiento del flagelo de la corrupción en el campo de la contratación Estatal; la Organización de Naciones Unidas ha expresado que “La corrupción ataca la fundación de las instituciones democráticas porque distorsiona los procesos electorales, pervierte el Estado de Derecho y crea lodazales burocráticos donde la única forma de existir es mediante la utilización de sobornos.” (UNODC, s.f.) y es que pese a que la corrupción es un fenómeno que toca ámbito internacional Colombia está suscrita a muy pocos tratados al respecto, uno de ellos es la convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la cual se ha convertido en instrumento idóneo para combatir tan grande flagelo.

Con esta investigación se pretende abordar temáticas tales como: soborno, comercio de influencias, abuso de funciones y diversos actos de corrupción en el sector privado, temáticas que aborda la convención mencionada.

En ese orden de ideas, se pretende determinar ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas a las que se ve sometido el contratista que ejecuta actos de corrupción en el extranjero en materia de Contratación Estatal a la hora de participar en un proceso de selección en Colombia?

JUSTIFICACIÓN

El presente artículo tiene como hilo conductor el tema de las implicaciones jurídicas a las que se ve sometido en Colombia el contratista inhabilitado por actos de corrupción cometidos en el extranjero en materia de Contratación Estatal.

El presente eje ha sido definido debido a que se enmarca en un ámbito social e institucional ya que la corrupción es un flagelo tangente en todos los campos del diario vivir, es así como encontramos estas malas prácticas en el sector salud y hasta en la venta de paños desechable, y qué decir de esos contratistas o sociedades que ejecutan actos de corrupción fuera del país, los inhabilitan y vienen a Colombia a asociarse con empresas, logrando contratar con el Estado, convirtiéndose dicha práctica en corrupción, entendiendo esta tal como lo expresó en su momento Ernesto Matallana como “un fenómeno complejo y multidimensional que incide negativamente en los ámbitos económico, social, cultural, político y ético de una sociedad; que además afecta las condiciones de vida de los ciudadanos y sus capacidades para el Desarrollo Humano” (CAMACHO) y sigue diciendo el autor que su complejidad radica en que “todas sus dimensiones son interdependientes; por ejemplo, las prácticas de corrupción en las esferas política o económica tienen consecuencias directas a nivel social en la provisión de bienes y servicios que garantizan el bienestar de la población” (CAMACHO)

Es así como este proyecto muestra pertinencia al abordar un tema de suma importancia en la actualidad, desarrollándolo desde la óptica de la Contratación Estatal, ángulo desde el cual con dicho flagelo las instituciones se debilitan y con ellas aquello que se conoce con el nombre de Estado, siendo ello una de las razones por la cual las autoridades estatales competentes se han encargado de crear acciones que apunten a la erradicación de dichas conductas, incluso desde la parte transnacional, y es que las prácticas irregulares desde la Contratación Estatal se ven reflejadas en sobornos para funcionarios que tal como lo expresa el doctrinante Matallana muestran abuso de poder o autoridad, y en algunos casos mediante la gestación de proyectos de ejecución no prioritarios e incluso no necesarios; “cuando ese presupuesto serviría para mejorar la infraestructura y la

calidad de la educación, los servicios de salud y las vías, y la atención de programas de orden social para erradicar la pobreza y la miseria” (CAMACHO)

Otra de las razones por las cuales resulta pertinente la investigación es que la misma responde a analizar el tema que más trata de prevenirse en el Estado social de Derecho colombiano, tanto así que este a diario procura según la Corte Constitucional “introducir mecanismos para prevenir, contrarrestar y sancionar la corrupción, específicamente la que proviene de los agentes y funcionarios del Estado, con base en los cuales sea viable diseñar e implementar estrategias eficaces de cooperación y mutua colaboración entre países” (SENTENCIA, 1998)

La sentencia expresa que lo que se busca es el fortalecimiento de las instituciones políticas del Estado, y así evitar que se siga propagando dicho flagelo, que debilita la democracia y obstaculiza el desarrollo de los pueblos, todo ajustado a los principios fundamentales del Estado social de derecho, modelo de organización jurídico-política por el cual optó el Constituyente colombiano de 1991 (Sentencia C-397/98). Lo anterior lleva a decir que la corrupción en la contratación estatal es un problema mayúsculo y además evidente que de una u otra forma genera implicaciones tanto para quien ejecuta la practica general como para la sociedad que este representa, es por ello que la investigación se centrará en analizar dichas implicaciones y a examinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desde el ángulo nacional y desde el internacional, de tal suerte que el lector que se encuentre con este trabajo tenga la facilidad de comprender el tema abordado, despejar dudas al respecto y complementar sus conocimientos sobre el asunto.

La celebración indebida de contratos y otras acciones mal intencionadas generan inhabilidades ya sea en Colombia o en el extranjero, constituyendo estas

una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia (CORTE CONSTITUCIONAL, 1996).

Según la Corte Constitucional, las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación (CORTE CONSTITUCIONAL, 1996)

Por todo lo planteado se hace pertinente realizar una investigación que recoja los elementos y factores claves del ámbito disciplinario en contratación estatal, específicamente lo referente a inhabilidades, permitiendo así abordar las principales temáticas que atañen al tema y poder despejar las dudas que tenga el lector que se encuentre con las presentes líneas o complementar y ampliar los conceptos que sobre las mismas tenga.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Tipo De Investigación

La presente investigación es documental, en esta se abordará la bibliografía necesaria para recopilar la información que permita darle respuesta a la pregunta problema, analizando así sentencias de la Corte Constitucional, del Consejo De Estado y normas que regulan la temática sobre Inhabilidades de sociedades y contratistas por actos de corrupción en materia de contratación Estatal.

Población Y Muestra

No aplica

Consideraciones Éticas.

Las consideraciones éticas en el presente proyecto hacen referencia al respeto de la normatividad sobre derecho de autor, puesto que es una investigación netamente documental donde se hará una serie de análisis que llevarán a darle respuesta a la pregunta problema establecida en el anteproyecto.

Desarrollo Del Tema

- Normatividad aplicable a los contratistas y sociedades que ejecutan actos de corrupción en el extranjero en materia de Contratación Estatal.
- Efectos de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de la ley 80 De 1993 y de la ley 1474 De 2011

- Efectos jurídicos que implican los actos de corrupción ejecutados en el exterior por contratistas en materia de Contratación Estatal
- Derecho comparado referente a actos de corrupción cometidos en materia de Contratación Estatal

Técnicas De Recolección De Información.

Como la presente investigación es netamente documental se utilizarán las técnicas de observación documental, resumen analítico, presentación resumida y análisis crítico, con dichas técnicas se logrará hacer análisis de jurisprudencias y de normas que aborden el tema objeto de estudio, siendo estas las fuentes de información pertinentes para desarrollar el trabajo.

Técnicas De Análisis De Resultados.

Las técnicas de análisis de resultado utilizadas en la presente investigación será la de hermenéutica documental, puesto que se abordará toda la bibliografía pertinente para darle respuesta a la pregunta problema planteado al iniciar la propuesta, atendiendo los objetivos determinados en la misma.

Resultados Esperados.

Con el desarrollo de la investigación se espera la identificación de la normatividad aplicable a la contratación estatal en Colombia, establecer los efectos de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de la ley 80 de 1993 y ver la relación referente a la responsabilidad que se deriva por actos de corrupción cometidos en Colombia y por los mismos ejecutados en el extranjero, logrando con lo anterior la cristalización del gran objetivo general planteado en el ante proyecto, el cual se resume en el análisis de las implicaciones jurídicas a las que se ve sometido tanto el contratista como la sociedad inhabilitada por actos de corrupción cometidos en Colombia y en el extranjero en materia de Contratación

Estatal, además se piensa lograr la respuesta a la pregunta problema, conduciendo ello a la socialización de la investigación y a la realización de un artículo científico que se derive de lo señalado en la misma.

Con base en los resultados señalados anteriormente, el lector que se encuentre con las presentes líneas que conforman el trabajo investigativo tendrá la posibilidad de despejar dudas y afianzar los conocimientos que tenga sobre el asunto de corrupción en materia de contratación estatal, haciendo énfasis en el contratista o la sociedad inhabilitada en el extranjero y que llegan al país a contratar con el Estado colombiano, podrá de esta forma identificar consecuencias jurídicas, normatividad aplicable, lo permitido y prohibido referente al asunto objeto de investigación. Es decir, es un trabajo netamente documental, pero de vital importancia teniendo en cuenta la alta corrupción en el país y las preocupantes estadísticas suministradas por el observatorio de transparencia y anticorrupción.

Presupuesto.

El presupuesto en la presente investigación es el recurso humano brindado por los investigadores, quienes unirán fuerzas para culminar de manera exitosa la propuesta.

Variables A Estudiar

No aplica.

CAPITULO I

Normatividad Aplicable A Los Contratistas Y Sociedades Que Ejecutan Actos De Corrupción En El Extranjero En Materia De Contratación Estatal.

El Estado colombiano durante años se ha preocupado por incorporar al ordenamiento jurídico normas tendientes a preservar la transparencia en temas de suma importancia como lo es la Contratación Estatal, asunto donde todo gira en torno al interés general, a la satisfacción de los fines estatales, de esos contemplados en el artículo 2° de la carta magna, es decir,

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Colombia, 1991, pág. 13)

Lo anterior es una de las sólidas premisas para que existan documentos y normas que orientan el actuar en medio de actos de corrupción ejecutados en el extranjero en materia de contratación estatal. El presente capítulo traerá a colación

toda la normatividad aplicable a los contratistas y sociedades que ejecutan actos de corrupción en el extranjero en materia de contratación estatal, de tal suerte que el lector que se encuentre con las presente líneas tendrá la posibilidad de hallar o detectar todos aquellos vacíos jurídicos que existen al respecto y que por ende conducen al camino llamado corrupción.

La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, aterrizó la definición de corrupción como ese “fenómeno que proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos” (Delito, 2004). Lo anterior fue una de las bases del doctrinante Carlos Guillermo Castro Cuenca para expresar que “La corrupción es un fenómeno complejo compuesto por tres elementos” (CUENCA, 2009) Estos son:

- “Un elemento subjetivo o interno que afecta directamente la formación de la voluntad de la administración, en este, prevalece intereses particulares sobre la objetividad de la administración” (CUENCA, 2009)
- “Un elemento adjetivo, en este es necesario que un funcionario público intervenga, de tal suerte que profiera un acto administrativo ilegal, omitiendo o realizando cualquier otra actuación administrativa” (CUENCA, 2009).
- “Un aspecto material, es decir, los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio indebido” (CUENCA, 2009).

Luego de lo anterior y aterrizando el asunto en el Estado colombiano, es preciso traer a colación el documento CONPES (Consejo Nacional De Política Económica Y Social) número 167 el cual presenta herramientas tendientes a una política de anticorrupción que están dirigida desde la óptica preventiva a “mejorar el acceso y la calidad de la información pública; mejorar las

herramientas de gestión anticorrupción, aumentar la incidencia del control social sobre la gestión pública, y promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad. De otra parte, desde la perspectiva de la investigación y sanción, se incluyen acciones para luchar contra la impunidad en los actos de corrupción” (República, 2013) es así como el mismo documento afirma que uno de los mayores avances en el Estado colombiano en materia de transparencia es el estatuto de anticorrupción, es decir, la Ley 1474 de 2011, definiendo CONPES a la corrupción como aquel “fenómeno cíclico que se auto refuerza y en donde sus causas y consecuencias se alimentan mutuamente”.

“Factores como la desigualdad social, los inadecuados diseños institucionales, los incentivos perversos para el oportunismo, la impunidad frente a las prácticas corruptas, y la aceptación social de la corrupción son, en diferentes momentos, simultáneamente causas y consecuencias del fenómeno” (República, 2013).

No hay que ocultar que la corrupción se presenta en escenarios débiles y desde luego debilita aún más a las instituciones estatales donde se materializan los actos de corrupción, es así como el CONPES señala que un Estado débil tiene “sistemas de control débiles, injusticia e impunidad, ineficiencias en el sistema de empleo público, dificultades para la descentralización, limitaciones al control político, opaca financiación de los partidos políticos, y un escaso impacto de la participación ciudadana en las decisiones públicas”. (República, 2013) y es precisamente eso lo que a diario se pierde, el control social, la participación ciudadana, factores que sin duda alguna facilitan a los desadaptados la ejecución de sus actos inmorales, poco transparentes y a la vez corruptos en materia de contratación estatal, llevando esto a que la sociedad pierda la confianza a las instituciones estatales, ello debido a que como consecuencia de la corrupción “no

logran arrojar resultados positivos en términos de reducción del fenómeno, conduciendo a una debilidad de valores fundamentales en la sociedad y a menores resultados de las políticas sociales, aumentando la inequidad” (República, 2013).

Cabe anotar que el documento CONPES número 167 trae las causas identificadas por el gobierno colombiano que influyen de manera directa en la corrupción del sector público, para CONPES una de esas es la falta de información pública, siendo la misma de vital importancia para el control ciudadano y la participación ciudadana.

El ordenamiento jurídico colombiano carece de normatividad que aborde el asunto de actos de corrupción ejecutados en el extranjero en materia de contratación estatal. La ley 80 de 1993 cuenta con un artículo que señala las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, señalado las siguientes:

- a) “Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes” (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).
- b) “Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.” (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).
- c) “Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad” (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).
- d) “Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas) y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución” (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).

e) “Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado” (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).

f) “Los servidores públicos”. (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).

Como se puede evidenciar, en ningún literal la norma que regula todo lo pertinente a inhabilidades por actos de corrupción se refiere a contratistas o sociedades inhabilitadas en el extranjero por los mismos actos en materia de Contratación Estatal.

Otra disposición normativa de la ley 80 que se ha prestado para múltiples interpretaciones, es el artículo 58, el cual reza todo lo pertinente a sanciones desde la óptica de contratación pública, señalando en su numeral seis que “En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento.

Si se profiere Sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual”. (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993) En ese orden de ideas, el estatuto de contratación pública no es explícito en el alcance de esa disposición normativa, razón por la

cual muchas sociedades y contratistas que vienen de otros países con sus problemas jurídicos por asuntos contractuales logran celebraciones de contratos con el Estado colombiano, porque esa norma no plantea nada al respecto.

En 2011 se expidió en Colombia la ley 1474, la cual tiene como objetivo “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (2011) En esa norma, el legislador amplía lo dicho en el artículo 8 de la ley 80 planteando las inhabilidades en las que se ve inmersos los contratistas en los eventos que a continuación se traerán a colación donde los protagonistas son las personas que ejecutan actos de corrupción:

1. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas, la inhabilidad prevista se extenderá por un término de veinte (20) años. (2011, pág. 2)

Partiendo de lo anterior se puede afirmar que la ley 1474 de 2011, la cual regula el asunto de corrupción en materia pública, no prevé disposición normativa alguna para los eventos que en el presente artículo se abordan.

El lector que se encuentre con estas líneas tal vez pensará que este es un tema alejado de la realidad colombiana, pero la realidad es completamente distinta, precisamente, en 2015, páginas web tales como aquella llamada asuntos legales, escribió un artículo sobre los líos de las firmas extranjeras y al respecto expresó que

La brasileña Odebrecht, cuyo presidente fue acusado de pagar millones de dólares en sobornos a funcionarios de Petrobras, es socia en Colombia del proyecto Ruta del Sol, sector 2, Ocaña – Gamarra, participa en la recuperación del Río Magdalena y de la fase 2 de la transversal Boyacá. Adicional, está pendiente de poder participar en el proyecto de Transmilenio por la Avenida Boyacá, de la construcción de la vía alterna entre Bogotá y Girardot y la recuperación Río Bogotá (Prado, 2015).

No obstante, en dicho artículo se trajo a colación a Hidalgo, que está relacionada con un soborno al Ministerio de Economía y Finanzas de Panamá, ganó el contrato para la construcción de la autopista Popayán – Santander de la segunda ola de concesiones de 4G y además está a cargo de la concesión Zipaquirá – Bucaramanga – Palenque y del corredor de prosperidad Villagarzón – San José del Fragua (Prado, 2015).

Por ultimo señaló que “Sacyr que recibió una demanda por sobre costos en el proyecto ampliación de Canal de Panamá y pese a ello participó del Proyecto 4G vía Pasto-Rumichaca, de la autopista al mar 1 y en la vía Puerta de Hierro”. (Prado, 2015)

Ahora bien ¿Qué tratados internacionales suscritos por Colombia existen sobre el tema de corrupción en materia de contratación estatal?

Cuando se hace un riguroso filtro sobre tratados y convenciones en materia de corrupción en contratación estatal, encontramos la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, la cual habla sobre la corrupción en materia publica y comienza sus 67 hojas definiendo la corrupción como esa que

Afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo (Delito, 2004, pág. 3).

Dicha convención desde la óptica de contratación estatal reza para efectos de transparencia en las contrataciones públicas lo siguiente

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción (Delito, 2004, pág. 9).

Siendo lo anterior la única medida que señala en materia de contratación pública o estatal, es decir, le transfiere la obligación de legislar al respecto a los Estados partes, siendo ellos los únicos garantes de velar por la transparencia en los procesos que giran en torno a los intereses comunes y a los fines esenciales del Estado.

Por otra parte, está la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por el Estado colombiano a través de la ley 412 de 1997, en esta se expresa de manera taxativa los actos de corrupción a los cuales se les aplica dicha convención, dejando claro los siguientes:

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

cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997).

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997).

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997).

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997).

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997).

Luego de estipular los actos de corrupción señalados, la convención señala que la misma “será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella” (Convención Interamericana Contra La Corrupción, 1997) siendo ello susceptible de interpretación y de analogía para eventos donde se presente actos de corrupción ejecutados por contratistas, y se habla de “analogía” porque es claro

que la convención no incluye dentro de esos eventos el tema que atañe a este artículo.

A nivel de convención existe otra tendiente a combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en esta no se señala nada pertinente a la contratación estatal, sólo se hace mención al sector privado y desde luego al soborno transnacional desde esta óptica.

La última ley sobre corrupción transnacional se expidió recientemente, esta es la ley 1778 del 02 de febrero de 2016, cuyo objetivo “dictar 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” (Corrupción Transnacional, 2016) la 1778 expresa en su artículo 31 que

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. (2016, pág. 8).

La inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades

anónimas abiertas. La inhabilidad prevista se extenderá por un término de veinte (20) años (Corrupción Transnacional, 2016, pág. 8)

Es claro que la disposición normativa se refiere de manera expresa sólo al evento de existir actos de corrupción consistentes en soborno transnacional, sin hablar de manera abierta de las inhabilidades que le pueden acarrear a contratistas y sociedades por actos de ejecución cometidos en el extranjero bajo otros supuestos en materia de contratación estatal pero que de igual forma conducen a la corrupción.

Ahora bien, en materia jurisprudencial existe una sentencia muy conocida en Colombia con radicado 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) del 10 de agosto de 2015, en esta sentencia el Consejo De Estado analiza el literal j del numeral 1° del artículo 8° de la ley 80 de 1993, el cual reza que incurren en inhabilidad o incompatibilidad

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).

Sobre dicha disposición normativa la sala del Consejo De Estado se pregunta lo siguiente:

¿la supresión de la frase “así como sus equivalentes en otras jurisdicciones”, en el texto del literal j) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80, implica que se ha eliminado la regla de derecho conforme a la cual la inhabilidad

consagrada en ese literal es aplicable también cuando la responsabilidad por delitos allí indicados sea declarada por una jurisdicción extranjera? (Sentencia, 2015).

sobre dicho interrogante el mismo Consejo De Estado responde diciendo que “La Sala considera que no, porque, aparte de la expresión omitida, la norma jurídica o regla de derecho señalada puede deducirse de otras disposiciones y principios constitucionales y legales, en armonía con los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia.” (Sentencia, 2015).

Asimismo, la eliminación de la citada norma exigiría un proceso transparente, explícito y deliberativo por parte del legislador” (Sentencia, 2015) y sigue diciendo el Consejo De Estado a través de su providencia

En el que se dejara constancia clara y expresa sobre la voluntad del Congreso de la República en ese sentido y, especialmente, sobre los motivos, justificaciones o razones jurídicas o de conveniencia que fundamentaran ese cambio, así como de su relación con los objetivos perseguidos con el respectivo proyecto de ley (Sentencia, 2015).

El Consejo De Estado en medio de sus argumentos dejó claro que

La historia legislativa del proyecto que se convirtió en la Ley 1474, se muestra completamente huérfana de tales explicaciones o justificaciones, de forma tal que resulta imposible para el intérprete saber con certeza si la supresión de la expresión así como sus equivalentes en otras jurisdicciones se debió a la decisión del legislador de reducir o limitar efectivamente el alcance de la citada inhabilidad o, por el contrario, a la simple intención de simplificar la redacción de la norma (Sentencia, 2015).

En síntesis y luego de todo lo planteado anteriormente se puede decir que actualmente existen vacíos en el ordenamiento jurídico colombiano con respecto al asunto objeto de estudio en el presente artículo, es evidente que sí existen normas que abordan el tema de inhabilidades e incompatibilidades por actos de corrupción, pero luego de estudiarlas y traerlas a colación también es evidente que existen lagunas producto de que las disposiciones normativas no son tan explícitas, no muestran el alcance de su interpretación y mucho menos plantean el tema de manera expresa, razón por la cual hoy hay un sin número de dudas que generan inseguridad jurídica y desde luego un sin número de contrataciones con contratistas o sociedades que enfrentan problemas jurídicos en otros países como consecuencia de la corrupción y por ende de la falta de transparencia en procesos de suma importancia para el interés general y la materialización de los fines del Estado como lo es la contratación estatal.

CAPITULO II

Efectos De La Corrupción En Materia De Contratación Estatal A La Luz De La Ley 80 De 1993 Y De La Ley 1474 De 2011

El tema de la corrupción en materia de contratación estatal a la luz de la ley 80 de 1993 (Estatuto General De Contratación) y de la ley 1474 de 2011 (Busca fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública) es un asunto de suprema importancia en el presente artículo, puesto que esas dos normas son la base de la Contratación Pública colombiana. A la luz de la ley 80 de 1993, conocida también como el Estatuto General De Contratación Pública, lo que se puede leer sobre corrupción en la norma es poco o casi nada, esta no hace mención a eventos que se podrían catalogar como actos corruptos, lo único que trae a colación son las causales de inhabilidad, resaltando en el literal j del artículo 8 que se encuentran inhabilitadas para contratar aquellas personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno

transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993).

Siendo ello a lo único que hace referencia el estatuto de contratación con respecto a la corrupción en materia de contratación estatal. Lo anterior muestra un evidente vacío normativo que da vía libre a irregularidades en esos procesos contractuales.

En la ley 1474 de 2011, el tema de corrupción a la luz de la Contratación Estatal y de los correctivos para erradicarla es más claro, la norma tiene varios artículos que frenan los actos irregulares, es así como en el artículo 13 el legislador es enfático en decir que “No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional;” (2011) y sigue diciendo el artículo “tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley” (2011).

Sobre los beneficios dice el artículo citado que no tendrán dichos beneficios en el ámbito penal aquellos que “hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional” (2011).

Sobre la ampliación de términos de prescripción penal también se pronunció el legislador en la ley 1474 de 2011, expresando que

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de

prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores. (2011).

Otro punto que toca la norma 1474 de 2011 es el enriquecimiento ilícito desde el servidor público, rezando en el artículo 29 que

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

El soborno trasnacional es otro de los temas que aborda la norma y que es de mucho interés en el presente artículo, sobre ello el legislador dijo en la ley antes mencionada que

El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (2011).

Ahora bien ¿Qué dice la norma con respecto al servidor público extranjero? Ara efectos de la ley 1474 de 2011 se entiende por servidor público extranjero

Toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público (2011).

No obstante, según lo dicho por la misma ley,” también se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional” (2011)

Ahora se preguntarán ¿Qué se entiende por soborno? Pues bien, la ley 1474 de 2011 también hizo alusión a esta expresión, manifestando que se entiende por soborno el hecho de “entregar o prometer dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio”. (2011) existiendo así un soborno penal, entendiéndose como “El que en provecho suyo o de un tercero entregue o prometa dinero u otra utilidad a persona que fue testigo de un hecho delictivo, para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente”. (2011)

En el capítulo V, la ley 1447 de 2011 deja claro quiénes son los organismos especiales para combatir la corrupción, señalando los siguientes:

- a) El Presidente de la República;
- b) El Ministro del Interior y de Justicia;
- c) El Procurador General de la Nación;
- d) El Contralor General de la República;
- e) El Auditor General de la República;
- f) El Presidente del Senado y de la Cámara de Representantes;

- g) El Fiscal General de la Nación;
- h) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- i) El Presidente del Consejo de Estado;
- j) El Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción;
- k) El Consejero Presidencial para el Buen Gobierno y la Transparencia;
- l) El Defensor del Pueblo.

es así, como el legislador también habla sobre la COMISIÓN NACIONAL DE MORALIZACIÓN, entendiéndose esta como la “encargada de aplicar y poner en marcha los lineamientos de la Comisión Nacional de Moralización y coordinar en el nivel territorial las acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción.” (2011)

otro capítulo de gran relevancia y pertinencia para el presente artículo es el VI, el cual se titula “Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública”, en este habla sobre la responsabilidad de los interventores, señalando que “Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría” (2011) como también por “los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría”. (2011)

También, responderán los interventores civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen

daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría (2011).

Luego de referirse a la responsabilidad de los interventores, la norma señala el evento en el cual el contratista puede quedar inhabilitado, señalando que “Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas”. (2011)

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales; (2011).

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; (2011).

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales. (2011).

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado. (2011).

Es preciso resaltar que los efectos antes señalados acarrearán a “los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. (2011)

La norma, una vez más y para efectos de salvaguardar el principio de transparencia, deja claro que el contratista que vaya a recibir anticipo debe

Constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía (2011).

Lo anterior buscando evitar la corrupción y promoviendo la transparencia. Hay que recordar que el anticipo no entra al patrimonio del contratista, este debe ser usado única y exclusivamente para la ejecución del contrato.

Por último, es relevante traer a colación el artículo 44 de la ley 1474 de 2011, el cual reza todo lo pertinente a los sujetos disciplinables, información de vital importancia para poder aplicar lo dispuesto en la norma estudiada, al respecto el artículo resalta que aplica a los “particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales”. (2011) también, según la norma Se entiende que ejerce función pública “aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado”. (2011)

No obstante, se dice que “No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”. (2011)

En síntesis, a la luz de la ley 80 de 1993 y de la ley 1474 de 2011 es poco lo que se encuentra de corrupción en materia de contratación estatal, verbigracia, qué pasa desde la óptica jurídica con aquellos contratistas inhabilitados en el exterior por actos carentes de transparencia, sea cual sea el acto de corrupción o la causal de inhabilidad en el país donde celebran contratos estatales, entendiendo la “Corrupción en contratación estatal” como “el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal”. (CUENCA, 2009) y llegan dichos contratistas inhabilitados a Colombia a participar en licitaciones y otros tipos de procesos de selección en aras de contratar con el Estado Colombiano. Lo anterior son vacíos y lagunas en la legislación colombiana que, de cualquier forma, da paso a las irregularidades, a la vulneración de principios constitucionales, a la NO materialización de los fines estatales y a la afectación del Estado Social De Derecho, donde todo gira en torno al hombre y sus necesidades. Las normas mencionadas sólo hacen referencia a inhabilidades e incompatibilidades colombianas en materia de contratación pública, pero no hacen alusión a eventos específicos de corrupción en la contratación estatal colombiana, lo que produce garrafales vacíos normativos que no permiten cristalizar los fines esenciales contemplados en el artículo dos de la constitución política colombiana, los cuales se sintetizan en “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. (Colombia, 1991)

Capítulo III

Efectos Jurídicos Que Implican Los Actos De Corrupción Ejecutados En El Exterior Por Contratistas En Materia De Contratación Estatal

Como se ha podido analizar, el asunto de las consecuencias en virtud de actos de corrupción cometidos en el exterior por contratistas en materia de Contratación Estatal, es algo que al día de hoy tiene muchos vacíos que dan vía libre a actos irregulares que vician los procesos de contratación pública, poniendo en riesgos principios claves como el de transparencia, el cual debe regir en dichos procesos desde el principio hasta el final de los mismos.

La pregunta es: En Colombia ¿Qué efectos jurídicos implican los actos de corrupción ejecutados en el exterior por contratistas en materia de contratación estatal? Pues bien, las normas que regulan lo referente a Contratación Estatal, son principalmente la ley 80 de 1993, conocida también como el Estatuto General De Contratación Pública, la ley 1474 de 2011, la cual busca fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, la ley 1150 de 2007 que introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y recientemente el decreto 1882 de 2018, el cual busca fortalecer la contratación pública en Colombia.

Las normas traídas a colación en líneas anteriores, como se dijo, abordan la temática de contratación estatal, pero con respecto a la corrupción en los procesos de contratación es nada lo que desarrolla, la ley 80 de 1993 solo hace referencia al asunto de inhabilidades e incompatibilidades, es decir, no plantea eventos relacionados con corrupción ni mucho menos consecuencias que vayan ligadas a los mismos, existiendo un evidente vacío en el Estatuto General De La Contratación Pública sobre el asunto abordado.

La ley 1150 de 2007, es una norma que hace énfasis en el principio de transparencia, en ella se plantea todo lo pertinente a la selección del contratista, la distribución de los riesgos en los contratos estatales, las garantías en la contratación estatal, la adjudicación del contrato y todo lo que atañe al proceso de contratación, pero no reza nada respecto a los actos de corrupción y mucho menos a los ejecutados en el exterior por contratistas que vienen hasta Colombia a contratar con el Estado.

Por otra parte, está el decreto 1882 de 2018, recientemente expedido se basa en fortalecer los procesos de licitación pública entre otras disposiciones previamente reguladas por la ley 80 de 1993, pero tampoco aborda nada de actos de corrupción en dicha materia.

La ley 1474 de 2011 sí habla enfáticamente de transparencia y por ende de actos de corrupción, pero no se manifiesta con respecto a dichos actos cometidos por contratistas en el extranjero y que luego vienen a contratar con el Estado colombiano, la alusión que hace a actos de corrupción es general, aunque toca la parte del soborno transnacional, es una situación que se puede prestar para interpretaciones, algunas acertadas y otras quizá no.

Lo primero que la norma expresa es que quedarán inhabilitadas “aquellas personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o por soborno transnacional, con excepción de delitos culposos”. (2011) rezando la misma norma que “ esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. (2011)

La norma en aras de apuntarle a la transparencia y a la anticorrupción, expresa que quedarán inhabilitadas “Las personas que hayan financiado campañas

políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%)”. (2011) lo anterior para efectos de evitar actos de corrupción, como también tiene la norma la prohibición de que ex servidores públicos gestionen intereses privados.

El soborno transnacional es otro punto abordado por la norma, para efectos de erradicar la corrupción en el ámbito de lo público, el legislador en la norma señala que El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión (2011). entendiéndose como servidor público extranjero

Toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. (2011).

En síntesis, si bien es cierto que la norma hace alusión a correctivos para enfrentar la corrupción y es enfática en el principio de transparencia, también es cierto de que no es una normatividad que abarca todo, tiene vacíos, lagunas que permite irregularidades en los procesos de contratación pública. La norma, no plantea eventos que puedan ser catalogados en Colombia como actos de corrupción por parte de contratistas y mucho menos estipula consecuencias, lo que da vía libre a todo inhabilitado en el extranjero tenga la posibilidad de contratar con el Estado colombiano, ya que no hay disposición normativa expresa que lo impida.

Capítulo IV

Derecho Comparado Referente A Actos De Corrupción Cometidos En Materia De Contratación Estatal

El presente capítulo tiene como hilo conductor lo referente a Derecho comparado sobre actos de corrupción cometidos en materia de Contratación Estatal, específicamente en Europa, ello teniendo en cuenta que el Derecho Administrativo colombiano tiene muchas bases francesas, así como también el Derecho Contencioso Administrativo, siendo ello premisa fundamental para traer a colación la legislación europea en este artículo.

Para lo anterior se tendrá como referencia el libro titulado “La Corrupción En La Contratación Pública Europea” del doctrinante europeo Carlos Guillermo Castro, quien define la corrupción en la contratación pública como “ la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo con el fin de obtener un beneficio extraposicional, en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración pública con los particulares”. (CUENCA, 2009) es este autor el que dedica capítulos como el de la “Determinación Del Objeto De Tutela Afectado Por La Corrupción En La Contratación Pública” otro alusivo a “La Tipificación De La Desviación De Interés En La Contratación Pública” y otro capítulo interesante para el artículo es el “La Tipificación De La Vulneración De Los Intereses Patrimoniales De La Administración En Los Procesos De Contratación Pública”.

Para abordar todos esos temas, el autor europeo Carlos Guillermo Castro explica la noción de servicio público, diciendo que el mismo “surgió a finales del siglo XIX como la creación de la jurisprudencia francesa para aplicar el Derecho Público a la actividad de personas distintas a la administración y a los contratos celebrados por las mismas” (CUENCA, 2009) especificando el doctrinante que el concepto de administración y servicio público va orientado a que el “servicio de los ciudadanos no es una mera intervención dogmática, sino que está fundamentado en el Derecho constitucional”. (CUENCA, 2009) razón por la cual a juicios del autor debe considerarse la administración pública y el servicio público un derecho fundamental.

Según el título XIX del CP español, se puede identificar según el autor como “El cumplimiento de las funciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de acuerdo con los principios de legalidad, objetividad, coordinación, eficacia y servicio a los intereses generales” (CUENCA, 2009)

Con base en lo anterior, el autor comienza a hablar de corrupción y desde luego a articular dichos actos corruptos con la legislación que regula el asunto en España, es así como expresa que constituyen conductas contra la objetividad la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la vulneración del régimen de carrera administrativa en la selección de los funcionarios públicos para colocar a personas allegadas, y en el marco penal, los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (CUENCA, 2009).

El tema de erradicar la corrupción en materia de contratación pública en Europa es de tanto interés la lesividad de la corrupción ha sido calificada en países europeos como delito de peligro abstracto, en sentido amplio están los delitos contra la administración pública y en sentido estricto está el de cohecho.

El asunto de la corrupción en materia de Contratación estatal, al autor europeo lo centra en el soborno transnacional, trayendo a colación distintos países de dicho continente y expresando como se aborda el soborno transnacional desde cada uno.

Uno de los países a los que hace referencia es Hungría, diciendo que en ese El soborno transnacional tiene una regulación muy interesante, pues además de ser uno de los pocos países que sancionan también al funcionario público extranjero, tipifica también el tráfico de influencias en las relaciones internacionales (CUENCA, 2009).

En Alemania, el soborno transnacional solo se ve desde la óptica de las transacciones comerciales internacionales.

En España, el soborno transnacional, se aborda desde los agentes públicos extranjeros, explicando que “cuando la norma se refiere al sujeto sobornado, no solamente contempla al funcionario público extranjero, sino también a las autoridades o funcionarios públicos de organizaciones internacionales”. (CUENCA, 2009)

Por último, el autor se aparta un poco de lo escrito en Europa y aterriza en América, haciendo alusión a lo que tiene la legislación de Brasil con respecto al asunto, rezando que “La legislación brasileña es sin lugar a dudas la que consagra la mayor cantidad de delitos relacionados con la contratación pública” (CUENCA, 2009) No obstante, señala el autor que el ordenamiento jurídico de Brasil tiene principalmente 10 delitos particulares en la administración pública, entre ellos está:

- “El apartamiento de una licitante concurrente mediante violencia fraude u ofrecimiento de ventaja”. (CUENCA, 2009)

- “La admisión de la licitación o la celebración de contrato con empresa o profesional inhabilitado”. (CUENCA, 2009)
- “La violación del secreto de las propuestas presentadas en el proceso licitatorio”. (CUENCA, 2009)
- “La defraudación a la hacienda pública en la licitación de bienes y mercancías, la realización de modificaciones, otorgamiento de ventajas o prórrogas en beneficio del adjudicatario”. (CUENCA, 2009)
- “Las no dispensas contempladas por la ley”. (CUENCA, 2009)
- “Obstruir, impedir u obstaculizar injustamente la inscripción de un sujeto en los registros casdastrais, los cuales constituyen registros que deben llevar las entidades públicas en los cuales se clasifiquen y califiquen personas que deseen participar en las licitaciones que realcen las mismas”. (CUENCA, 2009)

En síntesis, pese a que el doctrinante traído a colación en el presente artículo no da detalles de cuáles con las implicaciones jurídicas en Europa que les acarrearán a los contratistas inhabilitados por actos de corrupción en el extranjero, lo cierto es que el asunto es detallado por el autor referenciado. Por su parte, en Colombia el tema de corrupción en contratación estatal desde la óptica doctrinal también es amplio y por tanto las interpretaciones son muchas, pese a existir tantos vacíos normativos con respecto al asunto, por ello son pocos los doctrinantes que analizan y estudian asuntos de contratación estatal y mucho menos desde el ángulo de la corrupción

Conclusiones

En síntesis, luego de abordado el tema en el presente artículo sobre las consecuencias que en Colombia les acarrea a los contratistas que han cometido actos de corrupción en el exterior y que por tanto son sancionados. Es evidente el vacío normativo que existe al respecto, dando ello vía libre a las irregularidades que se suelen presentar en nuestro país, como también se pudo evidenciar que, en otros países, especialmente en los europeos aunque la legislación sea un poco más rigurosa, el tema de contratistas inhabilitado en el extranjero tampoco es abordado en su totalidad, aunque todo lo pertinente a la administración pública sea considerado un bien jurídico colectivo, siendo ello una de las razones por las cuales se le dé tanta importancia en Europa al soborno transnacional desde el

servidor público y haya países donde el filtro para escoger a un contratista sea tan exhaustivo.

No hay que desconocer que países, tales como Brasil, es un Estado que puede ser tomado como referencia a la hora de luchar contra la corrupción, ya que cuenta con más de 10 conductas tipificadas en la legislación penal que sin lugar a dudas le ponen barrera a los corruptos al momento de presentarse en cualquier proceso de selección.

Luego de abordar la ley 1778 de 2016, es evidente que la norma al momento de hablar de soborno transnacional hace referencia a “El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional” haciendo referencia única y exclusivamente a servidores públicos extranjeros, entendiendo estos como “toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado”

Lo anterior lleva a decir que la norma que habla de soborno transnacional no se detiene en los actos irregulares que se pueden presentar en contratación estatal, no expresa causales o eventualidades que se puedan denominar actos de corrupción susceptibles de sanción que sean sinónimo de inhabilidades que no les permitan a los contratistas participar en procesos de selección en el país donde se ejecutó dicho acto ni en otros Estados.

En ese orden de ideas, resta decir que el legislador colombiano debe pronunciarse urgente con respecto al asunto, no se puede seguir aceptando sin restricción alguna a contratistas inhabilitados por actos de corrupción ejecutados en el extranjero, cuando en Colombia hay contratistas competentes que al igual que un extranjero puede contratar con el Estado, el legislador debe tener claro los fines estipulados en el artículo 2 de la Constitución Política Colombiana, los cuales se resumen en: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”

Bibliografía

LEY 1474 DE 2011 (CONGRESO DE LA REPUBLICA 11 de JULIO de 2011).

1474 de 2011 (12 de 07 de 2011).

LEY 1778 DE 2016 (CONGRESO DE LA REPUBLICA 2 de FEBRERO de 2016).

Colombia, C. P. (1991). *Alcaldía De Bogotá*. Obtenido de Alcaldía De Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Convención Interamericana Contra La Corrupción, LEY 412 DE 1997 (Congreso De La República De Colombia 06 de Noviembre de 1997).

Corrupción Transnacional, Ley 1778 de 2016 (Congreso De La República 02 de 02 de 2016).

CUENCA, C. G. (2009). *LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EUROPA*. SALAMANCA: GRUPO DE ESTUDIOS CONTRA LA CORRUPCIÓN. UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

Delito, N. U. (2004). https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.
Obtenido de
https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, LEY 80 DE 1993 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 28 de 10 de 1993).

Prado, J. R. (06 de 08 de 2015). *Asuntos: Legales*. Obtenido de
<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/firmas-extranjeras-con-lios-deberian-estar-inhabilitadas-consejo-de-estado-revisa-2286701>

República, P. D. (9 de Diciembre de 2013). *Anticorrupción.gov.co*. Obtenido de
Anticorrupción.gov.co:
http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Conpes_167.pdf

semana, R. (18 de 07 de 2015). *Revista semana*. Obtenido de Revista semana:
<http://www.semana.com/nacion/articulo/empresas-con-lios-en-el-externo-contratos-en-colombia/435238-3>

Sentencia, 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) (Consejo De Estado 10 de 08 de 2015).