

Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios*

From incapacities and incompatibilities in state procurement regime to clampdowns and conflict of interests, a reformatory project with sanctioning goals

Antonio Alejandro Barreto Moreno**

* Este escrito corresponde a un producto del proyecto “La gestión de los servicios públicos domiciliarios” del grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana. antonio.barreto@uni-sabana.edu.co.

** Profesor de planta de la Universidad de la Sabana. Doctor y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, abogado de la Universidad del Rosario.

Resumen

Este documento evidencia la tendencia del constituyente y legislador de inclinarse por un modelo sancionatorio en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, y destaca su interés por castigar a través del derecho administrativo, siguiendo una tendencia dura legislativa que busca nutrir de medidas punitivas el ordenamiento legal, como reacción al clamor social que se expresa por medios de comunicación, redes sociales y que exigen resultados eficaces del Estado, particularmente en contra de actos de corrupción. Adicionalmente, es indudable que esta lógica legislativa está orientada por organismos internacionales a los cuales Colombia desea adherir de forma definitiva, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); situación que explica las reformas en la materia que se han aprobado recientemente y proyectos de revisión estructural al mercado de contratación pública como el presentado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE), que sigue la misma línea al pretender modificar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades por un modelo de prohibiciones y conflicto de intereses.

Palabras clave: derecho administrativo, derecho sancionatorio, contratación estatal, reforma legislativa, Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses.

Abstract

The present paper evidences the tendency of Constitution and Law generating agents towards a preference of a sanctioning model in the government's procurement regime of incapacities and incompatibilities and highlights its interest in punishing through administrative law in order to keep a straight tendency that seeks to nourish punitive policies in the legal establishment, reacting to social claims that expresses itself by means of mass media and social networks that demand efficient results from the state. Additionally, it's undoubtable that this approach by the legislation it's oriented by international organizations which Colombia wishes to permanently adhere, like the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD); a position that explains the recently approved improvements and projects aimed to make a structural review of the present government procurement market, like the one beholden by the Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE), that complies to same goal by pretending to replace the regime of incapacities and incompatibilities with a model of clampdowns and conflict of interests.

Keywords: administrative law, sanctioning law, state procurement, legislative reform, Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, regime of incapacities and incompatibilities, clampdowns and conflict of interests.

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2015

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2016

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, el Congreso, en su condición de constituyente¹ y legislador², ha otorgado características sancionatorias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación administrativa³ y lo ha catalogado como *sanción* o un mecanismo para *prevenir y combatir la corrupción*, otorgando prelación a ese carácter por encima de aquel que lo califica de limitación a la capacidad. Esto está enmarcado en las soluciones dadas por el Estado a graves y diversos hechos de corrupción presentados en Colombia durante los últimos tiempos, que han sido denunciados por la opinión pública de tiempo atrás y exigían una respuesta estatal; así mismo, hacen parte de las instrucciones recibidas de organismos internacionales, especialmente de la OCDE, que luego de hacer un balance de las prácticas locales señaló la necesidad de implementar acciones para elevar los niveles de transparencia, y de esa manera considerar al país como un eventual miembro de esa organización. (OECD, 2016).

Esa tendencia normativa sigue la línea que he planteado en otro momento (Barreto, 2016) y busca destacar el interés del legislador por sancionar a través del derecho administrativo⁴, siguiendo una tendencia

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.”

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (República de Colombia, Acto Legislativo 1, 2009). (el subrayado no es del texto original).

² “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, y Ley 1778 de febrero 2 de 2016, “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. (República de Colombia, Ley 1474, 2011).

³ Este trabajo se refiere exclusivamente a las inhabilidades e incompatibilidades para presentar ofertas o celebrar contratos con el Estado; quedan por fuera de este estudio las relacionadas con acceso o desempeño de cargos públicos.

⁴ Recientemente así se justificó esta idea en la exposición de motivos del proyecto de ley de

dura legislativa que busca nutrir de medidas punitivas el ordenamiento legal, como reacción al clamor social que se expresa por medios de comunicación, redes sociales y que exigen resultados eficaces del Estado. Basta con enunciar el fortalecimiento del régimen disciplinario (Ley 734, 2002; Ley 1474, 2011; y Decreto Ley 019, 2012); el control fiscal (Ley 1474, 2011, arts. 41 a 60 y 110 a 120), que si bien tiene por objeto restaurar el patrimonio estatal, tiene claros rasgos sancionatorios que no pueden desconocerse; el fortalecimiento del esquema de vigilancia, control y sanción de las superintendencias (Ley 1340, 2009; Ley 1437, 2011; Ley 1438, 2011; Ley 1778, 2016, entre otras); a esto se suma el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública, reformado por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y posteriormente modificado por la Ley 1778 de 2016.

Bajo esta lógica sancionatoria, estas leyes introdujeron algunas nuevas hipótesis de inhabilidades e incompatibilidades como las relacionadas con personas que incurran en actos de corrupción, para quienes realicen acuerdos restrictivos de la competencia y por corrupción transnacional.

Si al escenario planteado se suma que el proyecto de reforma (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, articulado, 2016; en adelante “el proyecto”), preparado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE), propone reformar nuevamente el esquema de inhabilidades e incompatibilidades bajo la denominación de prohibiciones y la inclusión de conflicto de intereses, se hace necesario encontrar el fundamento de la propuesta y su inserción en el marco inicial de la Ley 80 de 1993, que fue modificado en el sentido planteado por la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1778 de 2016.

Cámara número 159 de 2014, “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”: “De este modo y ante la rapidez, diligencia y el régimen probatorio del derecho administrativo en Colombia, el Gobierno nacional propone optar por una responsabilidad administrativa que imponga multas y sanciones proporcionales y disuasivas. La decisión de no optar en este momento por el establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas no obedece a la supuesta imposibilidad teórica o jurídica de hacerlo, sino a la complejidad de reformas que ello supondría; en el ámbito procesa” (el subrayado no es del texto original).

La jurisprudencia reconoció cierta vinculación de las causales que generaban inhabilidades o incompatibilidades contractuales con los principios de transparencia y moralidad de la contratación pública (Corte Constitucional, C-826, 2013; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, AP-518, 2002); es claro que el objetivo principal de este régimen no fue combatir la corrupción ni sancionar las conductas de los oferentes o servidores públicos, como lo señala la reciente legislación⁵, sino proteger un interés superior como lo es el general y el servicio público a la manera del régimen de incapacidades del derecho privado, que en su caso protege intereses individuales. Si bien vulnerar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades conlleva una eventual investigación y sanción disciplinaria (Ley 734 de 2002, arts. 36 y ss.), para efectos de la contratación pública son restricciones de capacidad.

De forma general se aceptó que las inhabilidades son limitaciones precisas a la capacidad de los contratistas⁶, o mecanismos para garantizar la objetividad e imparcialidad en los trámites precontractuales o contractuales⁷. El legislador⁸, alejándose de la estructura clásica de la Ley de Contratación Pública, incluyó algunos casos de inhabilidades con

⁵ “Las inhabilidades e incompatibilidades... constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia... Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona”. (Corte Constitucional, C-489, 1996).

⁶ “B. Restricciones a la capacidad de los contratistas”. (Benavides, 2005, p. 278). “Así como en derecho civil existen las llamadas incapacidades particulares que impiden a algunas personas la celebración de ciertos contratos como por ejemplo la compraventa que se realiza entre padre de hijo de familia, en la contratación estatal sucede algo semejante con las llamadas inhabilidades e incompatibilidades, las cuales impiden igualmente la celebración de contratos estatales para ciertas personas”. (Dávila, 2016, p. 147).

⁷ “Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011).

⁸ El Estatuto Anticorrupción no es la primera norma que pretende vincular las inhabilidades a consecuencias punitivas por actos delictivos; ver, por ejemplo, el artículo 4 del Acto Legislativo número 1 de 2009 y la Ley 1150 de 2007. En la misma línea, recientemente los artículos 2 y 4 del Acto Legislativo 2 de 2015 agregan más inhabilidades a esta lista y la reforma a la Ley 1474 de 2001 por la Ley 1778 de 2016.

efectos diferentes de los consagrados en el régimen tradicional, que le otorgan tintes sancionatorios⁹. Con la propuesta planteada en el “proyecto” y la denominación de prohibición, noción principalmente relacionada en Colombia con el derecho disciplinario, reiteran el carácter punitivo de la materia y siguen la línea señalada.

De tiempo atrás sostuve (Barreto, 2016) que el “neopunitivismo”, o la tendencia a punir las conductas desde la mayor cantidad de expresiones jurídicas, se ofrecía como una explicación a recientes reformas como la del estatuto anticorrupción y la Ley sobre responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional (Ley 1778 de 2016); sin embargo, estas influencias van más allá de actores locales, y se encuentran en organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE¹⁰), que marcan parámetros de reformas, como ocurre con “el proyecto” y el acápite de prohibiciones y conflicto de intereses. La propuesta redactada por la CCE con la influencia anotada no desvirtúa la tendencia sancionatoria, sino que la continúa al transcribir la mayoría de los eventos introducidos últimamente por el legislador, con un rasgo aun más significativo: su redacción a la manera de un tipo sancionatorio, hipótesis y consecuencia; así por ejemplo, el artículo 21 del proyecto de la CCE contiene, entre otros: “El contratista del contrato sobre el

⁹ “Como es evidente, las causales de inhabilidad o incompatibilidad ‘constituyen una restricción a la personalidad jurídica en el ámbito contractual, pues debido a tales disposiciones personas consideradas legalmente capaces no pueden contratar con el Estado’, so pena de viciar el contrato de nulidad absoluta, pero aquellas no pueden considerarse una pena, en estricto sentido, según la Corte Constitucional”. (Benavides, 2005, p. 280).

¹⁰ “Entre el cúmulo de buenas prácticas que Colombia debe implementar antes de unirse a la OCDE, se encuentran aquellas contempladas en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Esta Convención fue adoptada por la OCDE en 1997 y fue objeto de adhesión por la República de Colombia en 2012 por medio de la Ley 1573 de 2011, declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-944 de 2012. En virtud de lo preceptuado en el artículo 2º de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (Convención contra el Cohecho) y en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), cada uno de los Estados signatarios se compromete a adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el soborno de servidores públicos extranjeros. La responsabilidad de las personas jurídicas puede ser penal, civil o administrativa”. (Proyecto de ley 159, 2014).

cual fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de tal declaración...”; “Los accionistas, socios, representantes legales o miembros de junta directiva de sociedades, distintas a las anónimas abiertas, de la sociedad contratista a la cual le fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de tal declaración”; “las personas naturales y jurídicas, sus accionistas, socios, representantes legales o personal directivo con capacidad de representar a la sociedad, o miembros de junta directiva de sociedades, que hayan sido condenados o sancionados, en Colombia o el exterior, mediante decisión judicial o administrativa ejecutoriada, por soborno transnacional. Esta prohibición se extiende por el término de 20 años, contados desde la ejecutoria de la sentencia o acto administrativo correspondiente, y no es aplicable para los accionistas de la sociedad anónima abierta condenada o sancionada por soborno trasnacional”.

En este sentido, se mostrará que las recientes modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parte del legislador tienen un claro y fuerte contenido punitivo, que la injerencia de organismos internacionales en esta materia es fundamental para explicar las reformas y que “el proyecto” se inserta en la misma tendencia. Para ello se revisará el texto propuesto por la CCE y su motivación (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016), para validar la reforma y sus fortalezas o debilidades con el objeto de compararlo con la estructura vigente, particularmente con la lógica de las prohibiciones y conflicto de intereses del derecho disciplinario.

En adelante se hará un recorrido por el acápite denominado “prohibiciones y conflictos de interés” del proyecto de ley mediante un paralelo con el régimen tradicional y aún vigente de la Ley de Contratación Pública (I). Luego se exponen los efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el medio colombiano vigente y se analizan las modificaciones que se plantean en el proyecto (II).

I. EL RÉGIMEN TRADICIONAL DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO Y EL PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PROPUESTO POR LA CCE

Para los fines de este acápite se presenta la teoría general del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (A) y el esquema planteado por la reforma al régimen de contratación pública propuesto por la CCE y que a la fecha de elaboración de este escrito aún no había sido presentado para análisis del legislador (B).

A. Características generales de las inhabilidades e incompatibilidades a partir de las reglas vigentes sobre contratación pública

La doctrina (Benjamín, 2004, p. 125)¹¹ y la jurisprudencia aceptaron tradicionalmente que los conceptos de *inhabilidad* e *incompatibilidad* son diferentes y atienden distintos criterios. Sin embargo, la Ley de Contratación Estatal considera de otra manera el asunto, puesto que si bien menciona las dos nociones, las reporta como si entre una y otra no hubiere distinción alguna; esta situación tiene sentido dado que los efectos de unas y otras, según la propia norma y la jurisprudencia, son idénticos, tal y como se verá adelante.

El Consejo de Estado sostiene que

Por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica [...]. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011).

El grueso de las causales consagradas en la Constitución Política y la legislación sigue la definición de inhabilidad, mientras que las incom-

¹¹ Sin embargo, disiento de la lista que el autor atribuye a causales de inhabilidad e incompatibilidad.

patibilidades son escasas. Se admite que en ambos casos generan una incapacidad especial que responde a las excepciones de la capacidad legal regulada por la legislación civil. En este sentido, las causales de inhabilidad e incompatibilidad señaladas en la Constitución o la ley constituyen limitaciones precisas a la capacidad de contratar; su violación da lugar a la extensión de la inhabilidad por cinco años a quien incurra en ella, al rechazo de la oferta, a la posibilidad de revocar el acto de adjudicación que en principio es irrevocable (art. 9.º, Ley 1150) y a la nulidad absoluta del contrato celebrado (art. 44, Ley 80 de 1993), consecuencias de la mayor importancia para la contratación administrativa y sus sujetos.

Al ser una restricción a la capacidad legal que se otorga de forma general, su interpretación es restrictiva, y en este sentido, el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir *prima facie* a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas. (Corte Constitucional, T-1039, 2006).

Cabe resaltar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es transversal a la contratación estatal en dos sentidos: en el primero, porque según el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 es aplicable a todas las entidades públicas sin que sea relevante su régimen de contratación (Ley 1150, 2007); en el segundo, porque durante todo el proceso de escogencia del contratista, sin importar si la modalidad de selección es pública o directa, o en el de ejecución o liquidación contractual, genera algún efecto jurídico dependiendo en la etapa que se encuentre el trámite, como el rechazo o la renuncia de la oferta, la revocatoria del acto de adjudicación, la cesión o renuncia a la ejecución, o la nulidad del contrato estatal.

B. El proyecto de reforma al régimen de contratación estatal preparado por la CCE en el marco de sus funciones y su enmienda al régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala las funciones de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE); entre ellas la de

... proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

En desarrollo de esta competencia, esa entidad propone hacer una reforma estructural¹² a lo que denomina el “Sistema de Compra Pública (*Public Procurement System*)” dentro de los parámetros recomendados por la OCDE; organismo que espera la adhesión definitiva de Colombia luego del cumplimiento de ciertos requerimientos exigidos por el mismo en temas de contratación y lucha contra la corrupción, entre otros¹³ (1), incluidos aspectos relativos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que propone cambien a “prohibiciones” y se desarrolle el “conflicto de intereses” (2).

1. Influencia de organismos internacionales en las nuevas políticas, normas y reformas al régimen de contratación estatal, coordinadas por la CCE en cumplimiento de sus funciones

¹² Realmente se trata de una derogatoria del régimen actual, se propone expedir un nuevo estatuto contractual del Estado. Así lo señala expresamente: “El proyecto propone derogar íntegramente la normativa actual del Sistema de Compra Pública para cumplir el cometido de un estatuto único, es decir, un único cuerpo normativo”. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016, p. 3). Y se agrega: “El estatuto propuesto será aplicable a toda compra pública, incorpora las mejores prácticas internacionales y permite que éstas sean utilizadas en el Sistema de Compra Pública colombiano de forma constante a medida que se producen”. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016, p. 4).

¹³ Entre los temas que deben reorganizarse en torno a las instrucciones de la OCDE se encuentran: Regulación del mercado agrícola en materia comercial y arancelaria; transparencia e intercambio de información en materia fiscal; desarrollo en materia de innovación y emprendimiento; fortalecimiento del sistema de protección a la propiedad intelectual; promoción de la innovación en los negocios; implementación de Internet y la tecnología de la información y las comunicaciones como medios de innovación mercantil; desarrollo de centrales de conocimiento; desarrollo de la calidad y equidad de la educación; implementación de un sistemas más productivo para el crecimiento económico, etc.

La injerencia de organismos internacionales en las recientes políticas internas implementadas en materia de contratación estatal es innegable. Este fenómeno se explica por la necesidad de dar cumplimiento a un gran número de condiciones señaladas por esos actores para satisfacer el interés que ha mostrado el Ejecutivo de que Colombia pueda ingresar a ellos como miembro permanente, es el caso de la OCDE; o para desarrollar los compromisos en los casos que ya sea parte de tiempo atrás, como ocurre con la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Centro Internacional de Arreglo a Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), entre los más relevantes.

Como “el proyecto” resalta el papel de la OCDE como antecedente y cita algunos de sus documentos en varias ocasiones del texto, particularmente para el tema de inhabilidades e incompatibilidades, me referiré solamente a ese organismo.

En cumplimiento de su amplio espectro funcional¹⁴, este actor internacional ha expedido una serie de instrumentos con directivas precisas para que Colombia conforme su grupo de Estados; estos contemplan temáticas relacionadas con la economía y otras políticas de desarrollo público. En materia de contratación, la intención de la OCDE es preparar un modelo anticorrupción para recibir a cada uno de los Estados o agentes foráneos que quieran contratar con Colombia, así como lo hizo previamente con los Estados partes de la organización.

La OCDE ha analizado principalmente cinco parámetros de la materia que se deben mejorar en Colombia: (1) buscar medios para garantizar la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos, (2) regular el manejo de las funciones de la Contratación pública, (3) fortalecer los mecanismos de control, (4) desarrollar guías para usar la contratación pública como un instrumento para la innovación y (5) evaluar in-

¹⁴ La OCDE se encarga de generar instrumentos y mecanismos para hacer frente a los retos económicos, sociales y de gobernanza relacionados con la globalización en cada uno de sus Estados parte, buscando regular áreas específicas de política pública, como la economía, comercio, educación, propiedad intelectual, compra pública o mercados financieros.

dividualmente los contratos para luego generar estadísticas unitarias de mayor complejidad.

En cuanto al primer punto mencionado por mejorar, responde a un estudio detallado realizado por la OCDE a cada etapa del proceso de contratación (OECD, 2016), que encontró que en cada proceso por desarrollar para hacer una compra pública se tiende a presentar anomalías relacionadas con corrupción. La selección del contratista no es la excepción a la regla; refiriéndose específicamente a los errores de evaluación y selección, se encuentran tres incidentes principales: familiaridad con los oferentes a través del tiempo, intereses personales relacionados con regalos y empleos futuros y falta de implementación del principio de los cuatro ojos¹⁵. Temas que deben ser regulados por Colombia a través de normas que busquen contener los intereses particulares de los funcionarios que promueven la compra y los interesados en contratar con el Estado. En este marco se inscribe la reforma al régimen de prohibiciones y conflictos de interés.

Los instrumentos expedidos por la OCDE buscan la transparencia en el proceso de contratación relacionado directamente con las normas y las políticas públicas que lo regulan, guiado por tres directrices básicas: trato justo e igualitario a cada uno de los interesados en ser contratistas, libre acceso al proceso a través de un portal *online* e intuitivo abierto a la comunidad nacional e internacional y aseguramiento de la visibilidad de los fondos públicos en cada etapa del proceso de contratación.

De esta manera, la OCDE, como un órgano que busca el desarrollo de los Estados, comprende la injerencia de la contratación pública en la economía nacional, y la necesidad de implementar políticas que eviten la fuga de capitales durante el proceso de selección a causa de la corrupción, con miras a generar un sistema eficiente y productivo.

Los conflictos entre el contratista internacional y el Estado representan otra temática de regulación, pues la expropiación de bienes del contra-

¹⁵ Principio que consiste en duplicar el control y la firma de documentos para garantizar transparencia.

tista y el riesgo en la inversión son problemas internos frecuentes en casos de contratación con personas naturales y jurídicas extranjeras; si bien cada Estado ejecuta una serie de mecanismos de control a las controversias contractuales, estos son insuficientes cuando el Estado argumenta la prevalencia del interés general sobre el particular; así, los Estados con la finalidad de proteger a los inversionistas han consentido tratados internacionales para evitar la jurisdicción interna y llevar sus casos a tribunales de arbitraje especializados en la materia.

2. El capítulo 5 del “proyecto” sobre “Prohibiciones y conflictos de interés” en reemplazo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 “De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar”, reformas y justificación

En este apartado sigo el orden propuesto en el capítulo 5 del “proyecto”: primero hablaré de prohibiciones como sustituto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (a) y en segundo término plantearé la introducción del conflicto de intereses en el régimen contractual del Estado (b).

El proyecto ya mencionado resalta la importancia de incluir en el esquema de contratación pública colombiano tanto causales expresas de inhabilidades e incompatibilidades bajo la denominación de prohibiciones como una regla general que releve la protección del interés público sobre el interés particular de los servidores públicos, bajo la definición de conflicto de intereses. Se pretende que coexistan en el esquema propuesto reglas taxativas de protección del mercado y otra genérica que impida conductas reprochables de los agentes estatales que participen en el esquema de contratación estatal.

a) Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a la estructura de prohibiciones contractuales

El apartado pertinente del “proyecto” comienza con una descripción del régimen existente de inhabilidades e incompatibilidades; para ello recurre a un documento de la OCDE que lo describió en los siguientes términos:

El informe de la OCDE sobre el Sistema de Compra Pública de febrero de 2016 hace referencia a la existencia de las dos aproximaciones en sus países miembros. En la aproximación descriptiva la normativa fija las situaciones de conflicto de interés de forma general y en relación con los servidores públicos, para que la regla general y los ejemplos sirvan de guía al servidor público para prevenir y evitar los conflictos de intereses. La aproximación prescriptiva requiere la definición legal de las situaciones específicas que son consideradas incompatibles para el servidor público o que generan un conflicto entre el interés general y los deberes del servidor público. Esta aproximación está basada en reglas explícitas y casuistas.

Colombia optó por la aproximación prescriptiva que establece inhabilidades e incompatibilidades para participar en el Sistema de Compra Pública. A pesar de que el significado de las dos expresiones nos lleva a la palabra impedimento, la Ley 80 de 1993 distinguió las situaciones que afectan la capacidad para participar en el Sistema de Compra Pública (inhabilidades) y las situaciones en las que puede haber un conflicto entre el interés general y el particular (incompatibilidades). Sin embargo, no hay diferencia en el efecto ni en el impacto de una u otra situación, por lo cual el proyecto recoge en una sola norma las inhabilidades e incompatibilidades que hay dispersas en la legislación colombiana y las llama prohibiciones. (OECD, 2016, citado en Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016).

Las inhabilidades e incompatibilidades son casos específicos de conflicto de intereses que el constituyente o el legislador consagran expresamente en el ordenamiento jurídico, de tal forma que cumplen la característica de taxatividad de la causal, que junto con la preexistencia completan sus requisitos básicos.

Un primer cambio por resaltar en “el proyecto” es renombrar el régimen al unir las inhabilidades e incompatibilidades bajo la denominación de “prohibiciones”; la justificación para ello puede dividirse en dos: por una parte y de manera acertada, reconoce que “no hay diferencia en el efecto ni en el impacto de una u otra situación” (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016, p. 15); sobre este punto se volverá cuando veamos el efecto de las figuras existentes y las introducidas.

Como segundo argumento señala que en ambos casos se habla de forma genérica de “impedimentos” y que según el diccionario también las prohibiciones lo son. Este segundo punto no resulta del todo claro, se limita a describir semánticamente las diferentes palabras, pero no a contextualizarlas en nuestro medio. Realmente no se precisa la razón del cambio de noción; quizá el motivo sea unificar términos con ordenamientos extranjeros y atender parámetros de unificación normativa internacional; de impedimento como obstáculo o limitación para presentar ofertas o celebrar contratos se pasa a una noción que en nuestro medio jurídico se ha entendido como causal constitutiva de falta disciplinaria.

En este sentido, las prohibiciones en nuestro medio están directamente relacionadas con faltas disciplinarias o causales de pérdida de investidura; así, por ejemplo, los artículos 110¹⁶ y 127¹⁷ de la C. P. y el capítulo tercero de la Ley 734 de 2002 sobre “Prohibiciones”; el artículo 35 que da inicio a ese apartado inicia con “Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido...”, y enlista 35 de sus causales; la última incluye “las demás prohibiciones consagradas en la Ley”.

Por su parte, el artículo 23 de la misma norma otorga el carácter de falta disciplinaria,

¹⁶ “Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura”.

¹⁷ Artículo 127. Modificado por el artículo 1, Acto Legislativo 2 de 2004. 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. (Incompatibilidad).

Modifícanse los incisos 2° y 3° del artículo 127 así:

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”. En concordancia con el artículo 48.40 de la Ley 734 de 2002. (La subraya no es del texto original).

y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses...

Como se observa, para el régimen disciplinario hay diferencia entre las causales de prohibición y de inhabilidades e incompatibilidades, las segundas son sancionables en este régimen, no en el contractual; la reforma suprimiría las segundas y pondría su énfasis de forma global en las primeras.

Al reformarse el aspecto nominativo, y por tratarse de un ejercicio de unificación más que de creación de un nuevo esquema, considero que "el proyecto" sigue la tendencia atrás analizada de otorgarle carácter sancionatorio al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, fortaleciéndolo con un calificativo propio del derecho disciplinario. Con ello se pierde una oportunidad de desligar la figura de los elementos punitivos que lo permearon de tiempo atrás. Solo por dar un ejemplo, miremos la carga punitiva de una de las últimas causales de inhabilidad creada en Colombia, incluida en la Ley 1778 de 2016:

Artículo 31. **Inhabilidad para contratar.** El artículo 1 de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 1°. **Inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública.** El literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 quedará así:

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.

Esta 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 en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

No obstante lo anterior, se resalta del “proyecto” la afortunada intención de sistematizar la materia recogiendo las múltiples hipótesis regadas en el ordenamiento jurídico, reitera la aplicación del esquema a los regímenes especiales de contratación que sobreviven a la reforma (artículo 21 del proyecto) y define viejas discusiones planteadas en el régimen anterior.

El primer aporte a la claridad del esquema consiste en dividirlo en siete apartes, reorganizando las causales dispersas hoy en día entre los artículos 21 a 27 del “proyecto”. La exposición de motivos resume así la propuesta sobre prohibiciones:

(a) para participar en procesos de selección y contratar con las Entidades Estatales; (b) relativas a las ofertas múltiples en un mismo proceso de selección y establece una prohibición de 2 años como consecuencia de no atender esta prohibición; (c) para los servidores públicos y quienes hayan tenido tal calidad; (d) para los parientes, cónyuges y compañeros de los servidores públicos; (e) para ser interventor del contrato del cual es contratista o es contratista una persona relacionada; (f) las excepciones; y (g) las prohibiciones sobrevinientes.

Sin pretender ser exhaustivos, se resaltan algunas modificaciones que pretende hacer el proyecto, que para efectos de claridad las agrupé de la siguiente manera:

1. Características generales. En todas las causales se indica expresamente la consecuencia de la prohibición. Otro aspecto que se resalta del “proyecto” es su intención de superar la inútil distinción existente hasta hoy entre causales de inhabilidad e incompatibilidad, que confundía a los partícipes del mercado de la contratación; la jurisprudencia así lo señaló en decisión relevante (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011).
2. Se busca cambiar la redacción pero no el sentido de varias causales, como las señaladas en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 22 del proyecto.
3. Se pretende aclarar algunas causales que generaban inquietud, como la señalada en el numeral 2 del artículo 21 sobre caducidad; así mismo, la del numeral 1 del artículo 23 sobre servidores públicos; se da un nuevo enfoque al artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, al asignarse dos causales del artículo 21, la 4 y la 7.
4. Se separarían causales como las contenidas en los numerales 5 y 8 del artículo 21 del “proyecto”, actualmente reunidas en el literal d del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Este fenómeno se observa en el artículo 22 del “proyecto”, que desarrolla las prohibiciones para presentación de ofertas múltiples, contenidas hoy en día básicamente en los literales g y h del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.
4. Se incluirían nuevas causales, como la expresada en el numeral 1 del artículo 22 del “proyecto”, que recoge una preocupación vieja de los operadores jurídicos en contratación estatal: ¿qué ocurría con dos ofertas del mismo proponente? Normalmente era un asunto que regulaban los pliegos de condiciones, pero se quiere incluir una hipótesis expresa: “la persona natural o jurídica que ha presentado otra oferta o que presenta una oferta distinta como integrante de un Proponente Plural”. Otra hipótesis que se integra es la siguiente: “Las personas declaradas fiscalmente responsables por la autoridad competente hasta que la autoridad correspondiente reciba el pago o excluya a la persona de la lista de personas fiscalmente responsables” (artículo 21, num. 10).

5. Se suprimirían algunas hipótesis: con el nuevo esquema planteado, la causal del literal b, numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹⁸, que en el esquema vigente es muy importante, ya no sería necesaria en su papel de integradora de otras causales, por lo tanto fue retirada del “proyecto”; la contenida en el literal e, numeral 1 del artículo 8 Ley 80 de 1993: “quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado”, sin que pueda dar razones sobre el particular; fieles al nuevo parámetro consagrado en el artículo 20 del “proyecto” de que “la declaratoria de caducidad no es causal de prohibición sobreviniente”, se suprime el literal i del numeral 1 del artículo 8: “Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

Así mismo, “el proyecto” precisa que “no pueden participar en procesos de selección ni contratar con Entidades Estatales por el término indicado a continuación...” (artículo 21 proyecto); encabezado que resulta más afortunado que el señalado por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993: “Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”; además, cada causal de forma independiente señala su efecto y término de duración a la manera de un tipo sancionatorio, descripción típica y consecuencia sancionatoria. Esta situación apoyó mi tesis sobre los fines punitivos del esquema de inhabilidades e incompatibilidades (Barreto, 2016, p. 63); no obstante reconozco que el esquema actual conlleva dificultades y que la nueva estructura superaría la consagración general que establece el párrafo final del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹⁹ y precisaría el alcance del literal b) de la misma norma. Este tema se desarrollará adelante.

¹⁸ “Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados”.

¹⁹ “Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma”.

El artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 consagra una inhabilidad para el interventor en los siguientes términos:

Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

Sobre este particular se pretende dar alcance a esta norma así:

Los contratistas, los socios, accionistas, representantes legales o miembros de juntas directivas de personas jurídicas, sus cónyuges, compañeros permanentes, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, directamente o como miembro de un Proponente Plural, no pueden celebrar contratos de interventoría respecto del contrato sobre el cual recae, bien sea directamente o como miembro de un Proponente Plural. Tampoco sobre contratos suscritos por quien pertenece al mismo grupo económico o tenga el mismo beneficiario real.

Sobre este particular, la motivación del “proyecto” admite que la norma vigente es excesiva frente al interventor, ¿quizá una sanción?, y no hay lugar a generar tal restricción cuando el interventor de un contrato solo tiene injerencia en el contrato que vigila y nada tiene que ver con otros, tampoco cuando es contratista principal.

Para finalizar, la figura de la prohibición sobreviniente varía frente al régimen vigente señalado en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993; particularmente porque sus efectos, ceder o renunciar a su ejecución, no se extienden a todos los contratos en ejecución del contratista afectado, sino que “la prohibición sobreviniente no afecta los contratos suscritos por el proveedor afectado con otras Entidades Estatales, salvo que se trate de las prohibiciones de los numerales 1, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 21 de la presente ley”.

b) Necesidad de implementar la figura del conflicto de intereses en el régimen de contratación pública y la asignación funcional a la CCE de regular su alcance y procedimiento

La definición de conflicto de intereses está contenida en la norma disciplinaria²⁰ y fue desarrollada en el artículo 11 de la ley 1437 de 2011, que contiene 16 casos en los cuales se presenta y genera impedimento o es causal de recusación del servidor público, además señala su procedimiento (artículo 12 Ley 1437 de 2011).

“El proyecto” propone incluir la figura en las normas de contratación y darle un alcance particular²¹ distinto del contenido en el régimen citado. Consagra la posibilidad de que se presenten conflictos de intereses en el “proceso de abastecimiento”, eventos que deberán ser desarrollados por la CCE por medio de circular externa o algunos de sus instrumentos.

El artículo 28 del “proyecto”, que lleva por título “conflicto de intereses”, señala:

El conflicto de intereses de los servidores públicos en los Procesos de Abastecimiento ocurre cuando hay una contradicción entre: (a) el interés general; y (b) el interés particular del servidor público, contradicción que no está descrita taxativamente en la ley.

²⁰ “Artículo 40. **Conflicto de intereses.** Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho”. (Ley 734, 2002).

²¹ “En nuestra opinión estas normas no son la solución adecuada al conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública por cuanto (a) el conflicto es justamente la contradicción de intereses que no ha sido establecida como una prohibición legal; (b) el funcionario ad hoc debe tener ciertas características para que la fórmula realmente solucione el conflicto de intereses; y (c) los plazos son muy largos para el manejo de un proceso de abastecimiento.

El proyecto establece que el conflicto de intereses de los servidores públicos en los procesos de abastecimiento ocurre cuando hay una contradicción entre: (a) el interés general y (b) el interés particular del servidor público, la cual no haya sido descrita taxativamente en la ley y que Compra Eficiente debe definir los lineamientos para el manejo del conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública”. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Motivos, 2016, p. 16).

Colombia Compra Eficiente debe definir los lineamientos para el manejo del conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública.

Características que están en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 724 de 2002.

Ante el amplio reenvío funcional que plantea “el proyecto” a la CCE, no puede profundizarse en los comentarios; habrá que esperar un eventual acto regulatorio de esa Agencia para su análisis; no obstante, “el proyecto” da unas líneas sobre ese desarrollo posterior:

El servidor público que esté en una situación de conflicto de intereses en un proceso de abastecimiento debe abstenerse de participar en deliberación o decisión alguna relativa al proceso. Si la persona es quien tiene funciones propias para la toma de decisiones del proceso de abastecimiento (representante legal, ordenador del gasto, estructurador, evaluador, entre otros), la Entidad Estatal debe encargar un funcionario ad hoc quien debe ser un par del servidor público en conflicto. Si el servidor público en conflicto es la cabeza de la Entidad Estatal, el funcionario ad hoc debe ser un par por fuera de la Entidad Estatal y este funcionario ad hoc debe garantizar la independencia del equipo de trabajo del proceso de abastecimiento.

El derecho blando ha sido utilizado en otras jurisdicciones para establecer políticas y lineamientos para el manejo de conflictos de intereses y esto es lo que el proyecto propone. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, *Motivos*, 2016, pp. 16-17).

Lo citado excede los términos contenidos en el artículo 28 del “proyecto” y supone un adelanto de las reglas que diseñará e implementará la Agencia. Simplemente dejo para revisar la siguiente pregunta: ¿es necesario crear un nuevo procedimiento para el tratamiento de conflicto de intereses cuando ya lo hace en detalle el artículo 12 de la Ley 1434 de 2011 y los artículos 40, 84,85 y 86 de la Ley 734 de 2002?

II. CONSECUENCIA SANCIONATORIA DE INCURRIR EN ALGUNA CAUSAL DE INHABILIDAD

Las cuestiones que se busca resolver en este apartado son: ¿en qué casos se genera la tradicional sanción de cinco años que determina la legislación cuando se incurre en una causal de inhabilidad? (A) y ¿cómo afectan las hipótesis planteadas en la reforma al régimen anterior? (B).

Efectos de las inhabilidades e incompatibilidades en el régimen de la Ley 80 de 1993

El inciso del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 señala que

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

De conformidad con la norma transcrita, hay tres momentos a partir de los cuales se cuenta la inhabilidad de cinco años señalada en la ley: bien a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad, o el que dispuso la destitución; desde la sentencia que impuso la pena; o bien por el hecho de la participación en la licitación, celebración del contrato o expiración del plazo para firma. Estas tres situaciones generales engloban el total de las hipótesis de inhabilidad consagradas en la ley de contratación pública.

En cuanto a los eventos de los literales *c, d, i*, se considera que no hay discusión acerca de la aplicación de la sanción correspondiente. La duda interpretativa aparece en los demás literales que no se relacionan de manera expresa en el texto mencionado: *a, f, g, h, j²²*, y en todos

²² “**Inhabilidades con ocasión de la presentación de otras ofertas.** Para efectos de establecer el oferente que debe ser inhabilitado cuando en un mismo Proceso de Contratación se presentan

los literales del numeral 2 del propio artículo 8°. Pero ¿acaso aquellos que incurran en estas inhabilidades no tendrían sanción alguna? La respuesta es negativa, puesto que algún efecto debe tener la norma, al acudir al criterio hermenéutico que exige la búsqueda de utilidad a la norma, para que estas no queden en simples enunciados de papel.

La inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 1 recoge todas las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 8° cuando prevé: “b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior *estando inhabilitados*” (las cursivas no son del texto original). En estos casos la inhabilidad se computa “a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la presentación en la licitación”; vale aclarar, desde la ocurrencia del hecho de participar en una invitación “estando” inhabilitado.

En consecuencia, el inciso de la norma en mención debe interpretarse en el sentido de que el término de los cinco años de inhabilidad cobija a todas las causales sin excepciones; si existieran, la norma las incluiría.

Esta posición es recogida del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (2006), que afirmó mediante concepto 1732:

Así las cosas, el oferente que presenta una propuesta encontrándose incurso a alguna de las causales previstas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 se hace acreedor a las consecuencias que el ordenamiento prevé, una de las cuales es la inhabilidad que consagra el literal b) del numeral 1° del artículo en cita.

En relación con la inhabilidad consagrada en el literal h, numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 es oportuno citar la Sentencia C-415/94, en la que la Corte Constitucional justifica su existencia, así:

(1) La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. La pérdida que se

oferentes en la situación descrita por los literales (g) y (h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y poder establecer la primera oferta en el tiempo, la Entidad Estatal debe dejar constancia de la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales”. (Decreto 1510, art. 29, 2013).

produce en la esfera pública es inconmensurable frente al sacrificio individual que eventualmente se verifique. La contratación estatal, según lo ordena la Constitución (CP artículo 209) y la ley (Ley 80 de 1993, artículos 24, 25 y 26), debe adelantarse de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad, moralidad y economía. La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta...

Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.

Para terminar, un pronunciamiento del Consejo de Estado aclara este aspecto; se trata del análisis de un caso en la que se presentó y se comprobó la hipótesis del literal c del numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80, que señala: “c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal”.

El fallo indicó:

Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c), d) e i), expresamente se refiere al acto que *declaró* la caducidad, *la sentencia* que impuso la pena o *el acto* que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan *a partir del hecho de la participación*

en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011). (las cursivas no son del texto original).

El caso concluye:

Observa la Sala que la demandada pasó por alto el hecho de que la inhabilidad por la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la adjudicación corresponde a la consagrada en el artículo 8, ordinal 1, literal b, toda vez que la misma se originó en el hecho de haber participado en la licitación 004 de 1996 cuando se encontraba en una situación de incompatibilidad –artículo 8°, ordinal 2, literal c– cuya vigencia se encuentra regulada en el citado inciso final del artículo 8 –*reitera artículo*–.

Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma, en el escrito contentivo del recurso de apelación, que la inhabilidad carecía de un término de vigencia, dado que la misma tiene estipulada una vigencia de cinco años, contados a partir del hecho de la participación en otra licitación, respecto de la cual se encontraba en situación de incompatibilidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011). (las cursivas no son del texto original).

En cuanto a la distinción entre inhabilidades e incompatibilidades, que, como ya se dijo, carece de relevancia debido a la comunidad de efecto, esto es, sin importar si se trata de una causal de inhabilidad o incompatibilidad, la extensión de la sanción es la misma: cinco años. El Consejo de Estado señala:

Así pues, de conformidad con lo expuesto anteriormente, respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, bastaba el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configurara. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011).

El pronunciamiento judicial precisa el mismo efecto para la inhabilidad y la incompatibilidad, con lo cual pierde cualquier interés esa distinción. Tanto la incompatibilidad como la inhabilidad tienen como efecto una sanción de cinco años en el régimen tradicional de la Ley de Contratación Estatal.

B. Efectos de las inhabilidades en la reforma al régimen de contratación, “el proyecto”

Como se vio en el acápite anterior, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades reconocido por la Ley de Contratación Pública reguló con cierta precisión los efectos y la extensión de las inhabilidades. En resumen, se ha dicho que quien incurra en alguna de las hipótesis de inhabilidad o incompatibilidad de las reconocidas por la Constitución o la ley genera una inhabilidad de cinco años; que hay tres momentos a partir de los cuales se cuenta ese plazo: bien a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad o dispuso la destitución, bien desde la sentencia que impuso la pena o del hecho de la participación en la licitación, o bien después de la celebración del contrato. Estas tres situaciones engloban el total de las hipótesis de inhabilidad consagradas en la Ley de Contratación Pública.

Algunas de las hipótesis incluidas en el Estatuto Anticorrupción, modificadas por la Ley 1778 de 2016, siguen la misma lógica; se trata de las siguientes inhabilidades: para empleados públicos que contraten con el Estado (literal f, n.º 2, artículo 8º) y para supervisores e interventores de contratos estatales (literal k, n.º 1, artículo 8º), que no hace cosa distinta que ratificar el régimen previo ya explicado²³. En estos casos la inhabilidad será de cinco años, contados a partir de la participación en la licitación o de ejecutoria del acto administrativo que declaró

²³ “k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente”. (Las subrayas no son del textooriginal).

el incumplimiento del interventor. No hay que confundir la hipótesis de la inhabilidad con la consecuencia de incurrir en ella.

Pero además de estos casos, el Estatuto incluyó nuevas hipótesis que no siguen la misma tendencia de la Ley 80 de 1993 en cuanto a los efectos se refiere; estos son: la inhabilidad de veinte años a quienes hubieren cometido ciertos delitos, declarada parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional y reformada por la Ley 1778 de 2016 en su artículo 31.

Además, la relacionada con los acuerdos restrictivos de la competencia, que plantea una inhabilidad de ocho años, contados a partir de la decisión judicial que deje en firme la condena por el delito de *acuerdos restrictivos de la competencia*, pero existe la posibilidad de reducir el plazo a cinco años siempre y cuando el condenado, “en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme[,] obtenga exoneración total de la multa a imponer [sic] por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”. (Art. 27 Ley 1474).

Para finalizar, en el caso de inhabilidad por la imposición de multas o por declaratoria de incumplimientos reiterados, el plazo fijado por el legislador fue de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, según la información remitida por las entidades públicas.

“El proyecto” preparado por la CCE trae una serie de reformas profundas en este particular; en primer lugar porque cada causal señala su efecto, y además porque se separa del régimen del estatuto general de contratación vigente.

En primer lugar, la inhabilidad a la que se refiere el literales d) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 tiene un término de duración de cinco años, contados a partir de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; en “el proyecto”, la prohibición será “por el término que dure la sanción”²⁴ en ambos casos.

²⁴ Artículo 21... “5. Los condenados por sentencia judicial ejecutoriada a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término que dure la sanción...

8. Las personas sancionadas con destitución del cargo están cubiertas por esta prohibición

En el mismo sentido, variaría el término de inhabilidad para los casos que el proyecto denomina *Prohibición para la presentación de ofertas múltiples*, que pasaría de cinco años a dos, contados a partir de la firma del acto administrativo que declara la prohibición. Este artículo 22 del proyecto incluye una modificación relevante al régimen vigente; se trata del deber de la Entidad Pública de “declarar” la existencia de la prohibición para situaciones que en el régimen vigente no lo requiere, porque se trata de circunstancias fácticas, como el parentesco. Como ya se mencionó, pero se insiste en ello por su relevancia, el Consejo de Estado lo tiene preciso en la legislación vigente así:

... también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan *a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma*, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16306, 2011). (Las cursivas no son del texto original).

Como se observa, en estos casos la ley vigente determina que la inhabilidad inicia desde el día de presentación de la oferta, sin exigir actuación adicional de la administración. Si en un proceso posterior se demuestra que el oferente participó en otro incursión en causal de inhabilidad, la entidad pública encargada del trámite precontractual podrá inhabilitarlo para ese proceso, sin necesidad de declaración alguna.

“El proyecto” propone:

Quienes están en las siguientes situaciones no pueden presentar ofertas en una misma selección de contratista. Si lo hacen, la Entidad Estatal debe rechazar las ofertas y declarar que los oferentes correspondientes están incursos en una prohibición por el término de dos (2) años a partir de la fecha en la cual el acto administrativo correspondiente queda en firme. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, Articulado, 2016).

por el término establecido en la sanción”.

Esta previsión guarda relación con lo señalado en el artículo 15 del mismo proyecto, que incluye una nueva actuación de las entidades estatales que excepcionalmente deben adoptarse mediante acto administrativo: “4. Declaración de la existencia de una prohibición en los términos del artículo 22 de la presente ley”. (Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, articulado, 2016). Si la Entidad pública no advierte la prohibición en la etapa precontractual, nada pasaría al oferente, porque de la redacción de la norma se infiere que es allí donde se podría dar el efecto de rechazo y, en consecuencia, la declaratoria de la prohibición.

CONCLUSIÓN

El afán de penalizar el derecho en general o *neopunitivismo* se ofrece como una explicación teórica a las reformas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; “el proyecto” se inscribe en la misma línea. Se agrega en este texto que la injerencia de organismos internacionales es bastante relevante a propósito de recientes reformas, incluida la que se proyecta al régimen de contratación. El interés por mejorar los índices de transparencia y atacar uno de los graves problemas detectados por la OCDE lleva a la implementación de medidas sancionatorias en el mayor número de escenarios posibles; el nuevo régimen propuesto de prohibiciones y conflicto de intereses se espera ayude a ese propósito.

Como se observó en el texto, esa influencia internacional es plausible en la propuesta para reformar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin tener en consideración aspectos de contexto propios de nuestro medio jurídico, como la calificación de prohibición, que es propia del derecho disciplinario. No obstante, quizá uno de los objetivos sea justamente insertar o acercar mucho más este régimen al derecho disciplinario.

No podría asegurar que “el proyecto” será aprobado por el Congreso, tampoco podría sostener que el texto final corresponderá al analizado; sin embargo, puedo aventurarme a asegurar que la CCE insistirá en los cambios y los objetivos propuestos, bien por medio de reforma legislativa o por sus instrumentos propios de regulación, como las circulares

externas, guías, etc.; de no hacerlo se incumplirían compromisos internacionales que afectarían al Gobierno Nacional en su política pública de mejorar sus prácticas para ingresar de forma plena al grupo de la OCDE.

Adicionalmente, el escrito realiza una descripción y análisis del “proyecto” comparándolo con el estructura vigente en la actualidad, de ahí se extraen conclusiones como: a) se sistematizan las causales que están dispersas por el ordenamiento jurídico; b) se suprimen algunas causales existente; c) se crean nuevas hipótesis bajo la denominación de prohibición; se aclaran algunas dudas que vienen del régimen vigente; d) se cambian sustancialmente los efectos de las inhabilidades; estos y otros asuntos son desarrollados en el texto.

REFERENCIAS

- Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. (2016a). *Motivos, Proyecto de reforma a la normativa del sistema compra pública*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf
- Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. (2016b). *Articulado, Proyecto de reforma a la normativa del sistema compra pública*. Recuperado de http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf.
- Barreto, A. A. (2016). *Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el estatuto anticorrupción, en nuevas tendencias del derecho administrativo*. H. Alviar (coord.). Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes-Temis.
- Benavides, J. L. (2005). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. (2ª. ed). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benjamín, H. (2004). *Contratos públicos*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2002, 31 de octubre). Sentencia 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518), C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (2011, 10 de febrero). Sentencia expediente: 16306, C.P. Hernán Andrade Rincón.

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006, 20 de abril). Concepto 1732.
- Corte Constitucional. (1994, Septiembre 22). Sentencia C-415, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996, 26 de septiembre). Sentencia C-489, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2006, 5 de diciembre). Sentencia T-1039, M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2013, 13 de noviembre). Sentencia C-826, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Dávila, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. (3ª. ed). Bogotá, D.C.: Legis.
- OECD. (2016). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*. Paris: OECD Publishing. Doi: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- Presidencia de la República. (2012). Decreto Ley 019. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*.
- Presidencia de la República. (2013). Decreto 1510. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*.
- República de Colombia. (1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.
- República de Colombia. (2002). Ley 734. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*.
- República de Colombia. (2007). Ley 1150. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*.
- República de Colombia. (2009). Acto Legislativo 1. *Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*.
- República de Colombia. (2009). Ley 1340. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*.
- República de Colombia. (2011). Ley 1474. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*.
- República de Colombia. (2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

República de Colombia. (2011). Ley 1438. *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*

República de Colombia. (2014). Proyecto de ley de Cámara número 159. *Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.*

República de Colombia. (2016). Ley 1778. *Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.*