

Inhabilidades y corrupción en contratación estatal: ley 80 y decreto 1358 de 2020.

Instituto Anticorrupción



Inhabilidades y corrupción en contratación estatal: ley 80 y decreto 1358 de 2020

Daniel Rodríguez Bravo, Socio

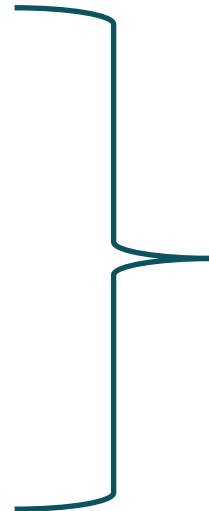
Breve introducción a las inhabilidades



Restricciones



Sanciones



Efecto =
limita facultad de persona
natural o jurídica
para contratar con el
estado

Algunos principios a destacar



Interpretación restrictiva. *Aplicación analógica vs. interpretación finalista*



Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son taxativas



Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son creación exclusiva del legislador- Asunto sometido a reserva de Ley



Literal j) y decreto 1358 de 2020

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

La norma vigente: Cuatro grandes partes

*“Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) j) (inhabilitados directos) **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 contempladas 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 (de los inhabilitados directos) procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

*“Asimismo, la inhabilidad **se extenderá** (inhabilitados indirectos de primer grado) a **las sociedades** de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de JD o de socios controlantes,*

***[Además, se extenderá]** (inhabilitados indirectos de segundo grado) a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.*

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

*“También se considerarán inhabilitadas para contratar, las **personas jurídicas** sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos **representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras,** hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.*

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

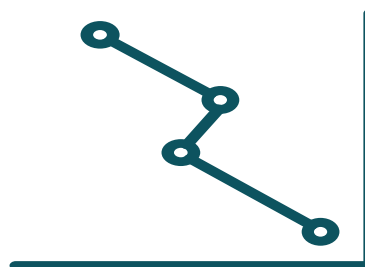
*“La inhabilidad prevista en este literal (aplica a todas las del literal j) se **extenderá de forma permanente** a **las sociedades** de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y*

*“se aplicará de **igual forma [“PERMANENTE”]** a las **personas naturales** que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.” (subrayas fuera de texto)*

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



Bueno, tenemos una
norma terrible, y qué



Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

*La inseguridad
jurídica está
asociada con
temas muy
trascendentales*

Con la imposibilidad de contratar con el
Estado “de por vida”

Con que la inhabilidad procede
preventivamente

Con que no es claro quienes se verían
afectados con la prohibición.

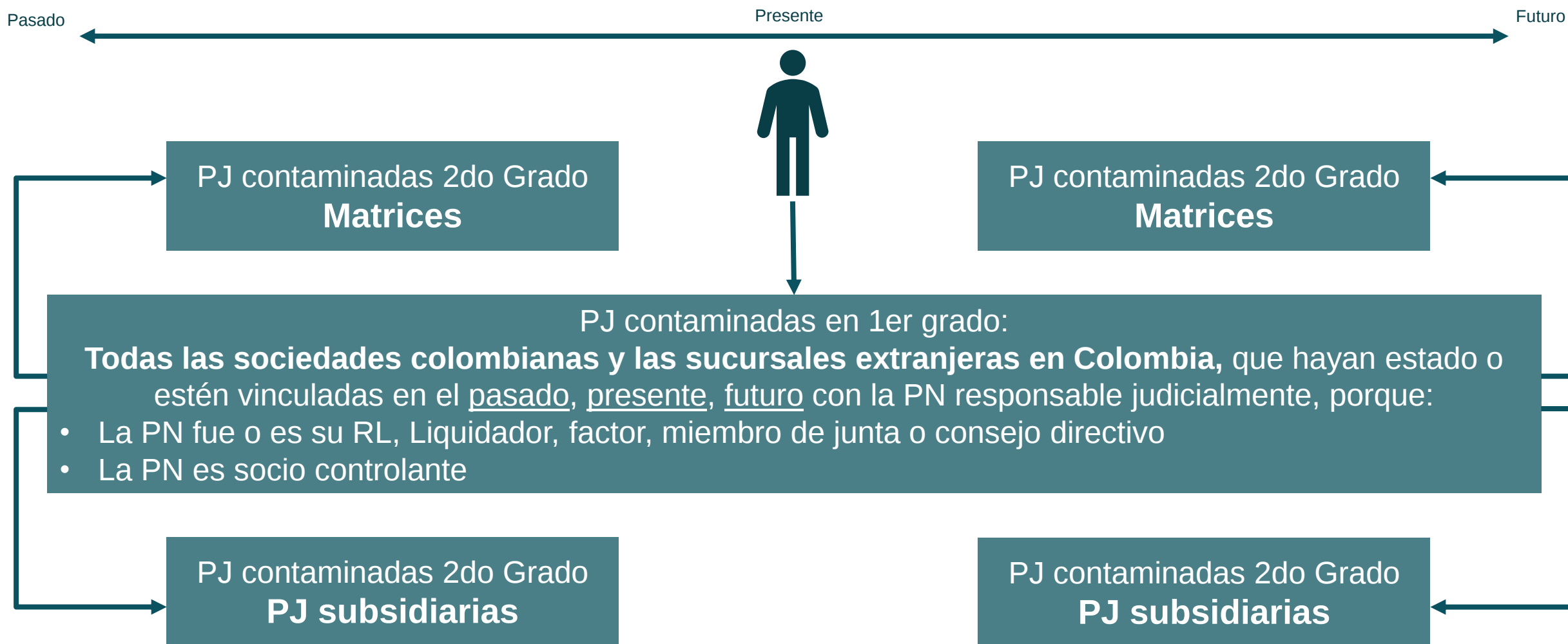
Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



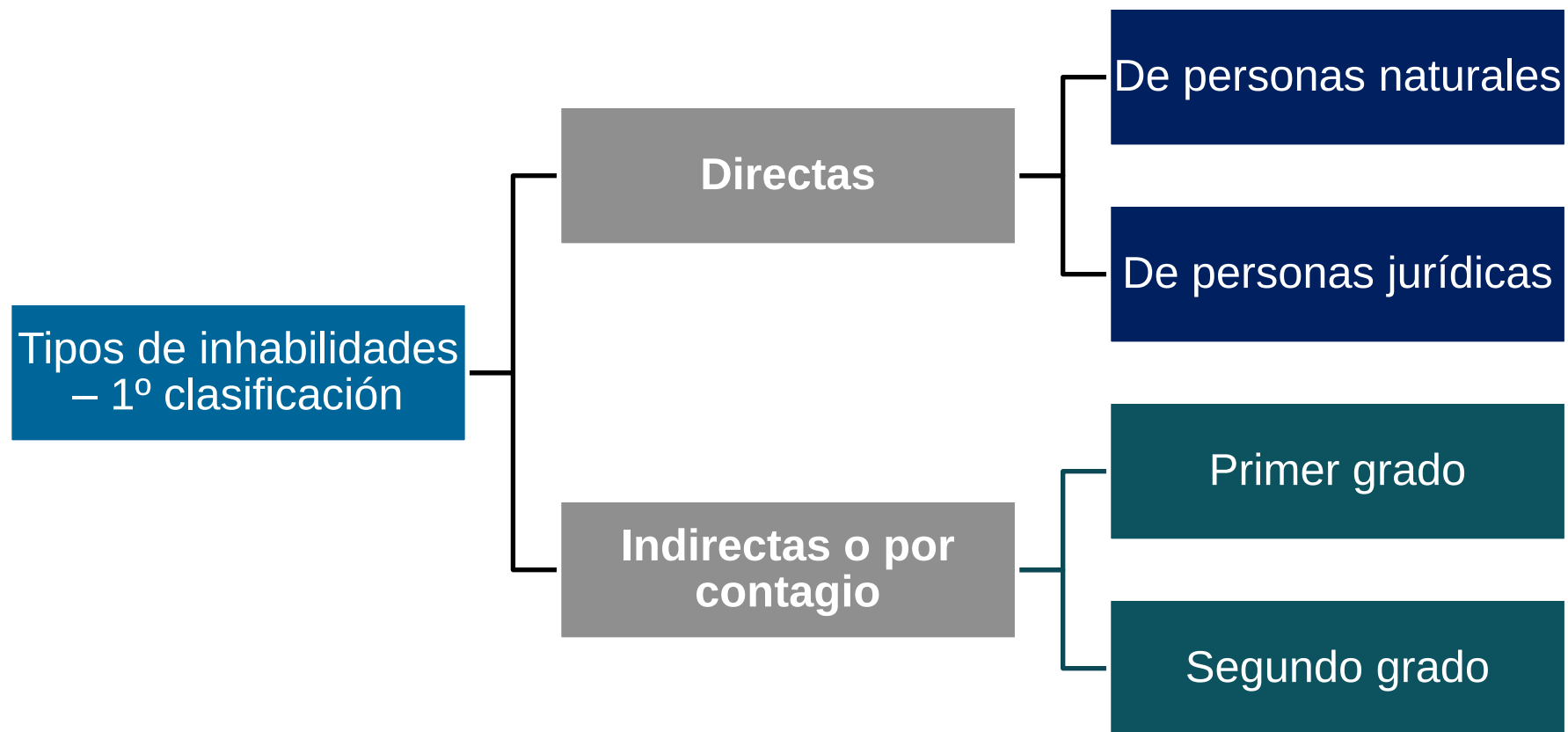
Con base en la ley 80 de 1993 no se sabe a
quién aplica...

...Y con base en el decreto la respuesta es
aterradora

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

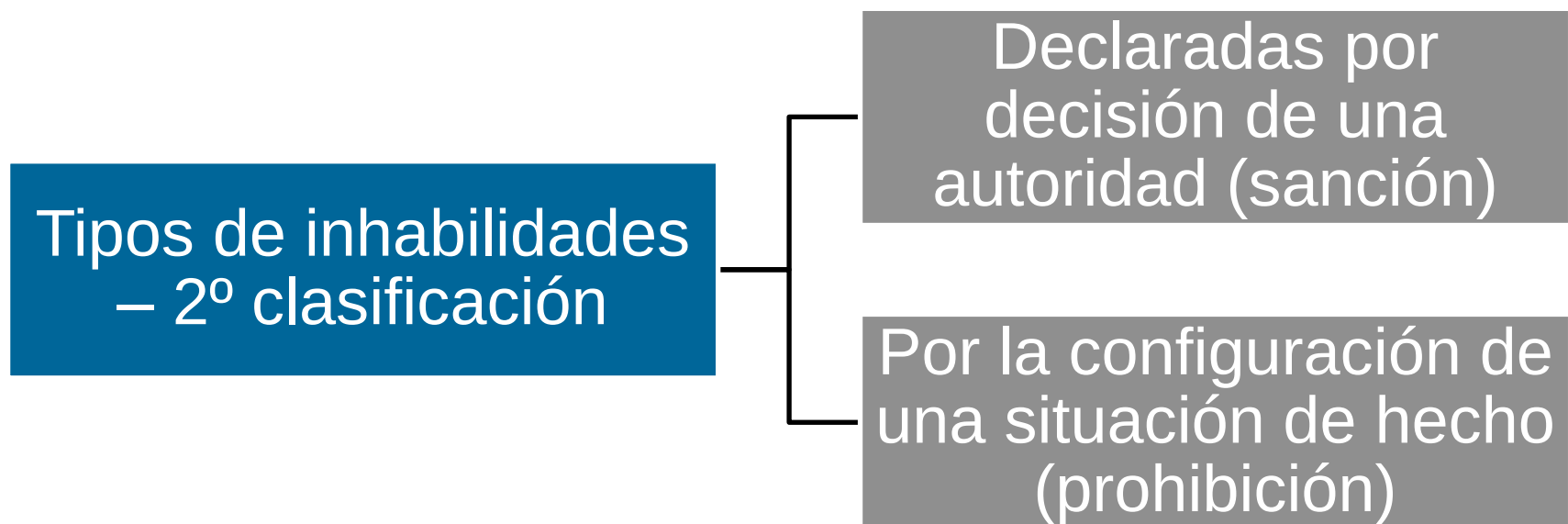


Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



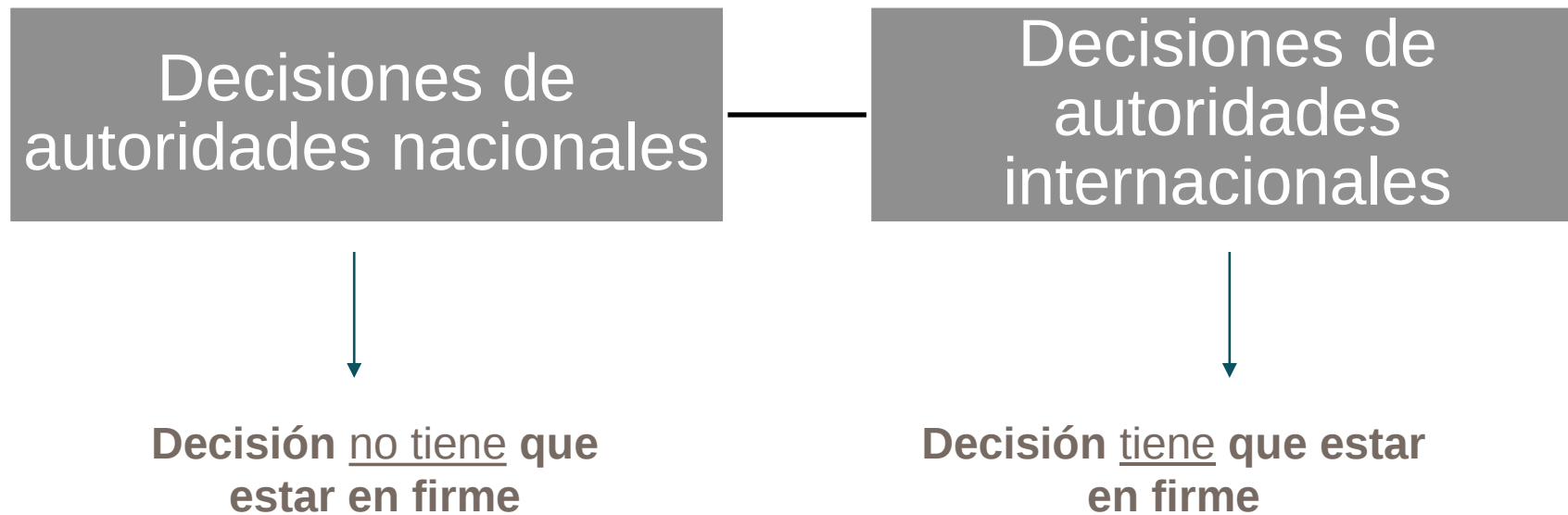
***Las sucursales de sociedad extranjera en la clasificación anterior.**

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

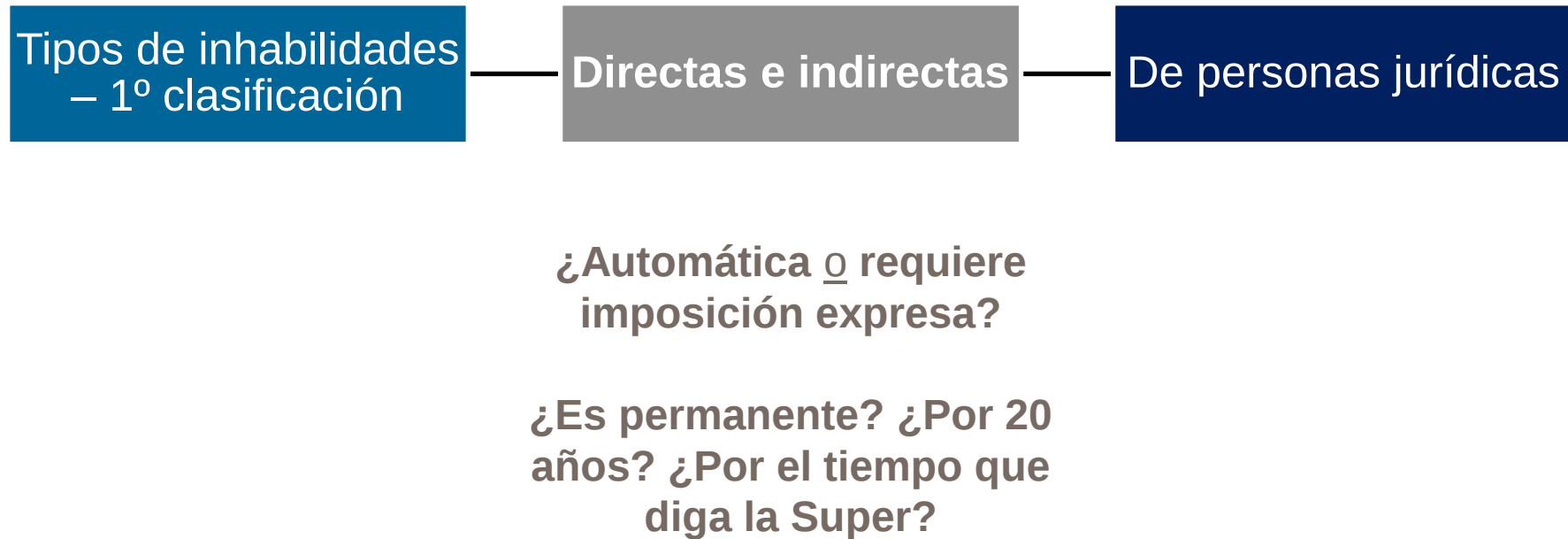


***El caso de la inhabilidad en el marco soborno transnacional.**

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

Vínculos contaminantes



¿Antes de la comisión de la conducta?



¿Al momento de la comisión de la conducta?



¿Después de la conducta pero antes de la decisión?

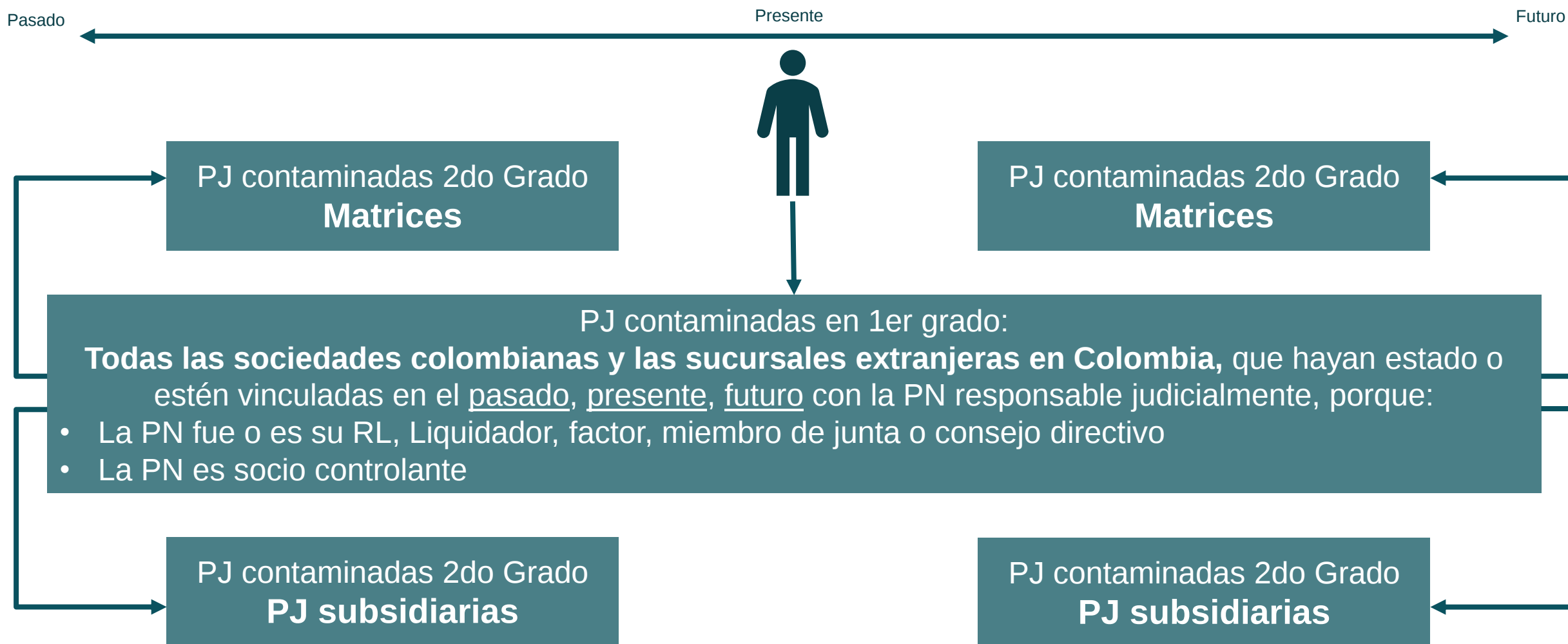


¿Después de la decisión que afecta al inhabilitado directo?

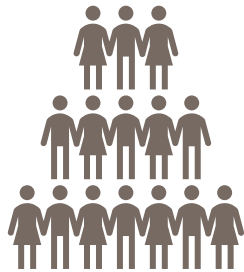
***La respuesta varía con o sin decreto**

***Derogatoria o nulidad**

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993

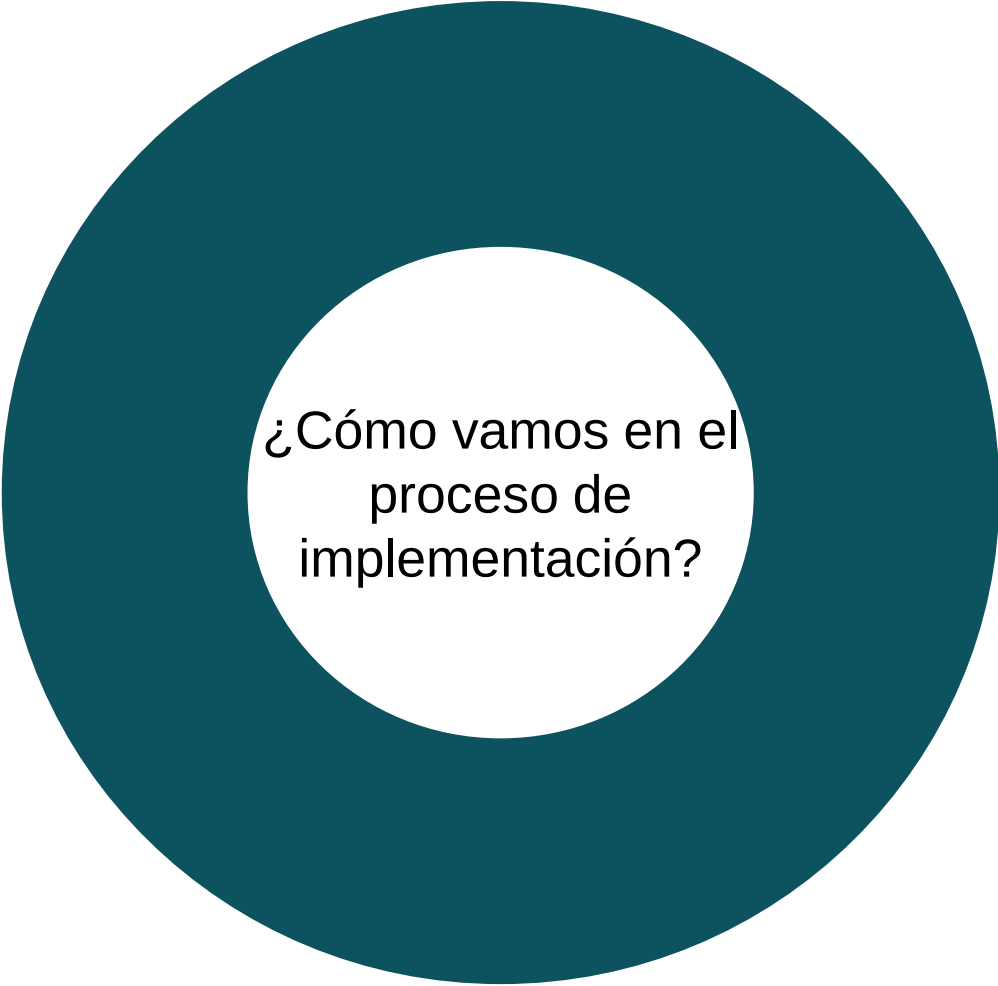


Grupo empresarial al que pertenezca la persona jurídica inhabilitada en primer grado.



Excepción de las sociedades anónimas abiertas

Causales de inhabilidad del lit j), # 1 art 8 Ley 80 de 1993



¿Cómo vamos en el
proceso de
implementación?



¿Es automático?



Régimen penal: Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades

Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades.

Artículo 408 del Código Penal

"El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses."

Elementos del tipo



Sujeto activo calificado.
Sujeto pasivo.



Servidor público.
El Estado (Administración Pública).



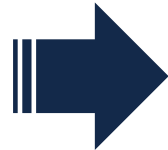
Verbo rector.



Intervenga.



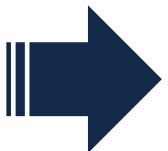
Elemento de modo y
normativo.



En la tramitación, aprobación o celebración de
un contrato violando el régimen de
inhabilidades e incompatibilidades.



Tipo penal en blanco.

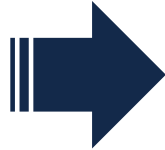


Es necesario acudir a las normas
constitucionales y legales que consagran las
inhabilidades e incompatibilidades para
celebrar contratos con la administración
pública. ej. Ley 80 de 1993, artículos 8 y 9.

Elementos del tipo.



Objeto jurídico.

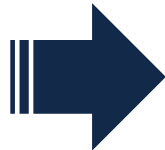


Administración Pública.

“Transparencia en el acto de contratar por parte de los servidores público, la imparcialidad, equidad y el buen nombre de la administración”. Corte Suprema de Justicia. Auto del 11/03/1997. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



Objeto material.



Contrato estatal.



Tipo penal de mera conducta.



Elemento subjetivo.



Dolo.

Estatuto Anticorrupción



Ley 1474 de 2011
Artículo 33

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Resultado: Daño patrimonial al Estado.

"[...] e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses."

Aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, *"En el entendido que si la celebración indebida de contratos en que se incurre por cada una de las modalidades descritas produce un daño patrimonial al Estado, la inhabilidad para ejercer funciones será intemporal."* (Subrayado fuera de texto original). Corte Constitucional Sentencia C – 652 – 03 del 5 de agosto del 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Contratista particular como sujeto activo.

“No es difícil concluir que es sujeto activo del delito descrito en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000, no solo es el servidor público que como contratante y encargado de tramitar, aprobar o suscribir un contrato, así procede, a pesar de conocer de la existencia alguna causal de inhabilidad o de impedimento que perturba o enturbia el legítimo ejercicio de la función; también será sujeto activo del delito el contratista particular [...] pues el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, señala que “Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.”” (Subrayado fuera de texto original). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 10/12/2015 (37.345). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Delito de mera conducta.

“El referido tipo tiene entre sus características las de ser de mera conducta, especial y propio, por cuanto el sujeto activo es cualificado, no tiene correspondencia con un tipo común, y se consume con la simple intervención del agente en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, a sabiendas de la existencia de alguna circunstancia prevista en la Constitución o la Ley que le impide o prohíbe obrar de conformidad.” (Subrayado fuera de texto original). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 10/12/2015 (37.345). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Delito de mera conducta.

“Sin embargo, al quebrantar el régimen contractual de inhabilidades, al satisfacer sus propias conveniencias o al modificar las reglas del proceso contractual, el servidor público no produce, necesaria e indefectiblemente, un daño al patrimonio del Estado: la violación del régimen de inhabilidades -por ejemplo- no necesariamente deriva en deterioro de la hacienda pública. Es posible imaginar escenarios distintos en los que vulneración de dichas normas genere, por el contrario, incremento en las arcas públicas.” (Subrayado fuera de texto original). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio del 5 de febrero de 2014. SP. 43081. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Tener en cuenta que, de acuerdo con la sentencia C – 652 – 03 del 5 de agosto del 2003, si se genera un daño patrimonial al Estado, la inhabilidad para ejercer funciones será intemporal.

Bien jurídico tutelado.

“La violación del régimen de contratación en cuanto a las formalidades contractuales, al estatuto de inhabilidades e incompatibilidades y a la persecución del interés colectivo atenta principalmente contra la moralidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, en tanto se supone que el desempeño de los servidores del Estado al comprometer las arcas estatales debe ser aséptico, transparente y ajustado a las necesidades de la comunidad, no a sus propios intereses.” (Subrayado fuera de texto original). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio del 5 de febrero de 2014. SP. 43081. M.P. José Leonidas Bustos Martínez

En qué momento el servidor público puede incurrir en la conducta.

“Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003. Radicado No. 14699. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

En qué momento el servidor público puede incurrir en la conducta.

“No se trata, pues, de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fases de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión establecida en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no sólo son taxativas, sino que se predicán de la participación “en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”, no de la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.” (Subrayado fuera de texto original). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003. Radicado No. 14699. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Concurso de delitos.

La Corte Suprema de Justicia rechaza la posibilidad de que haya un concurso aparente entre los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) y el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

“La violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato transgrediendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales castiga al servidor público que por razón de sus atribuciones tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicado No. 24606. M.P. Arnaldo J. Rojas T.

En conclusión, el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sí puede concurrir con el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

Staff > **8,000**

Lawyers > **5,000**

Partners > **1,100**

52 new partners in 2021, taking the total to over 1,100

Operating in

73

cities

Across

44

countries

EUR 1.475bn

turnover for 2020

19 Practice and Sector Groups working across offices

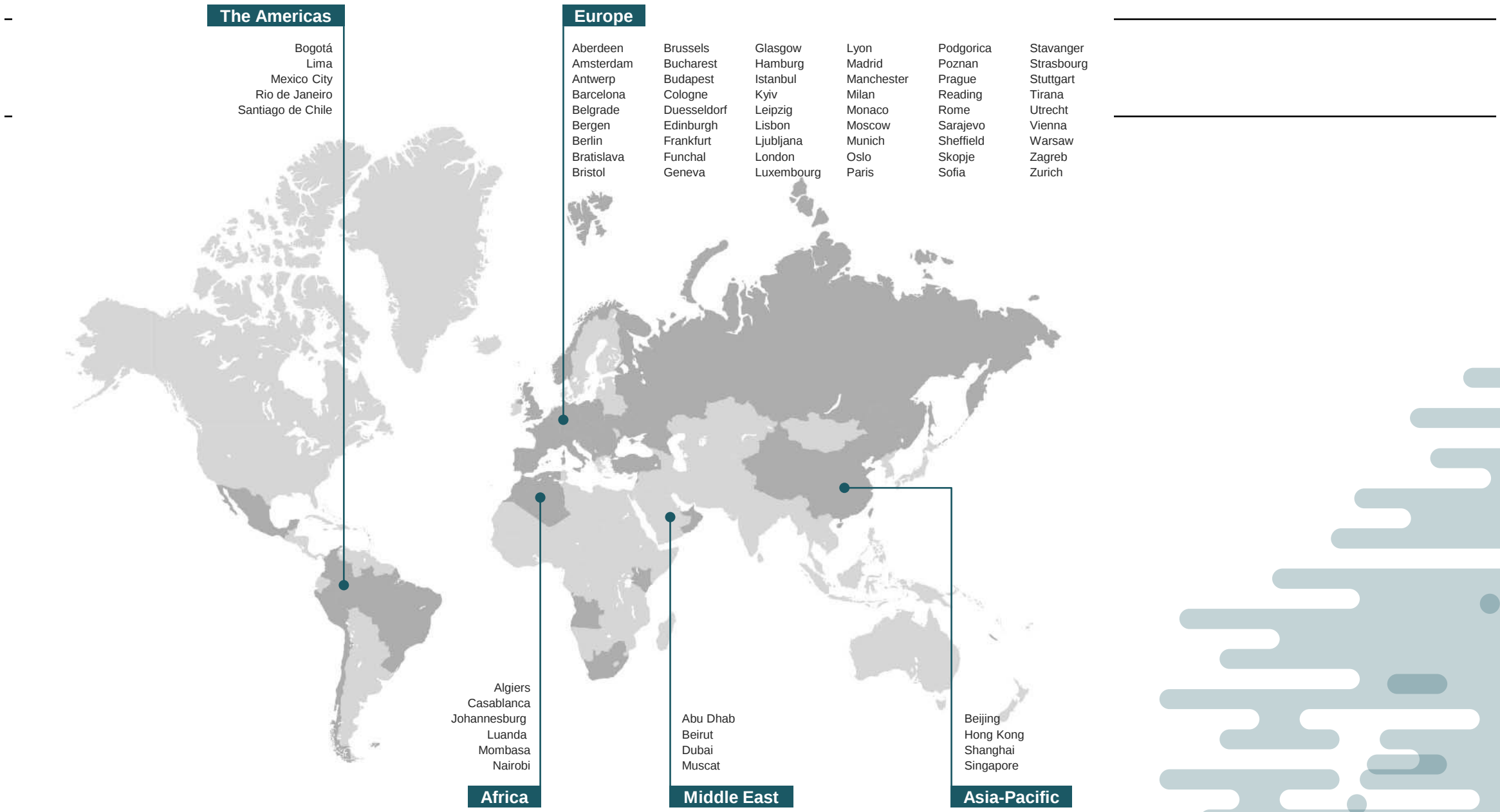
**Top rankings in M&A league
tables by deal count**
*(Bloomberg, Mergermarket and
Thomson Reuters)*



#1 Germany, DACH, Austria



#2 Europe, UK, Switzerland, Benelux



CMS in Latin America | Numbers



Key markets

Brazil, Chile, Colombia,
Mexico, Peru



5

Offices



Over

55

partners



Over

240

lawyers

CMS | Industry expertise

10 CMS Practice Area Groups (PAGs)

- Banking & Finance
- Commercial
- Competition & EU
- Corporate/M&A
- Dispute Resolution
- Employment & Pensions
- Intellectual Property
- Public Procurement
- Real Estate
- Tax

9 CMS Sector Groups (SGs)

- Consumer Products
- Energy
- Funds
- Hotels & Leisure
- Infrastructure & Project Finance
- Insurance
- Life Sciences & Healthcare
- Private Equity
- Technology, Media & Communications

Daniel Rodríguez | Socio



Daniel Rodríguez
Socio
E daniel.rodriguez@cms-ra.com

Daniel es Socio de la Firma y codirige las áreas de Derecho Bancario & Financiero, Insolvencia, Reestructuración & Liquidación, Compliance y Derecho Penal Corporativo y lidera el área de Contratación Pública. Su experiencia incluye asesoría en varios sectores, incluyendo Energía & Cambio Climático e Infraestructura & Proyectos. Daniel está admitido a la práctica en Colombia y en los Estados de Nueva York y California en Estados Unidos.

Con cerca de 20 años de experiencia, Daniel ha representado a sponsors, bancos y otros prestamistas, así como a compañías de infraestructura y construcción, contratistas de EPC, inversionistas, emisores de garantías y prestatarios en complejas transacciones de infraestructura y financiación de proyectos, y tiene amplia experiencia respecto de complejidades relacionadas con la gestión social, ambiental y predial de dichos proyectos.

Asimismo, ha estado involucrado en unas de las controversias e investigaciones de cuello blanco, locales y transfronterizas, más delicadas del país. Daniel también ha asesorado a clientes, deudores y acreedores, nacionales e internacionales, en complejos procesos de insolvencia local y transfronteriza.



Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice. It was prepared in co-operation with local attorneys.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices; details can be found under "legal information" in the footer of cms.law.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Beirut, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law

10 de septiembre de 2021