

De: Diego Orlando Bustos Forero
Enviado el: miércoles, 18 de mayo de 2016 4:20 p. m.
Para: ANI
Asunto: El Revelador Institucional. Boletín No. 15 de la Oficina de Control Interno



Boletín No. 15

Las implicaciones del soborno transnacional en la contratación estatal.

La economía de mercado, acelerada por el boom de las comunicaciones por vía electrónica, impone retos cada vez más desafiantes para las democracias de este hemisferio del planeta.

Uno de aquellos, se refiere a alcanzar con eficiencia y eficacia, los fines estatales a través de la inversión pública, bien proveniente del capital o crédito público, ora por conducto de la inversión privada. De ahí que, a través de un vínculo público se vincule a terceros ajenos al aparato estatal para satisfacer el bien común público, tema que ha merecido un desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario, en buena parte de la existencia del Estado colombiano.



Galeones españoles entre las costas de Florida (Dibujo de Le Moine, para la cartografía de América de Theodore de Bry, s. XIV). Fuente: almendron.com.

A lo menos en nuestro sistema económico, esto no es nada nuevo. Instituciones heredadas del monopolio de comercio entre América y Europa luego del establecimiento de las monarquías, denominado como “flota de indias” ⁽¹⁾ y las concesiones marítimas españolas a Inglaterra luego de la paz de Utrecht (1713) (FERNÁNDEZ, 1989, p. 565), o la fallida concesión para la construcción del canal de Panamá, que diera lugar a la independencia de esta última ⁽²⁾; hasta la confección de las normas que hoy rigen nuestro sistema público de contratación, dan cuenta de que el Estado en su concepción moderna es un sujeto que en materia de inversión, requiere la comparecencia de los actores económicos, sea cual sea, el modelo en el que esté concebido.

Tampoco es nuevo que personas inescrupulosas quieran hacerse al patrimonio ajeno, especialmente del público, ello por cuenta de un delito o infringiendo normas elementales de ética general, lo cual hace que la corrupción sea uno de los métodos más prolíficos entre dichas personas para llegar a su objetivo, el cual, debido a su naturaleza compleja y multifacética, ha sido difícil de medir (Echebarría) y por lo tanto, duro de combatir de forma preventiva y no, meramente reactiva.

En Colombia, luego de la ocurrencia de antecedentes y experiencias amargas, generadas por ausencia de herramientas suficientes para la prevención y sanción de ese tipo de conductas (cuya batalla en nuestra historia constitucional moderna se inauguró con la Ley 190 de 1995), se buscó a través de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, cortar de tajo conductas que se habían enquistado como costumbres en las relaciones contractuales del Estado.

No obstante que inhabilidades, endurecimiento de penas y un rango más amplio del ejercicio de facultades exorbitantes y excepcionales, constituyeron la punta de lanza de todo un conjunto de medidas para evitar el menoscabo al patrimonio público, aún faltaba reconocer el impacto que la corrupción local puede tener en el entorno global del que venimos hablando desde el comienzo. Y con local no nos referimos estrictamente a la que ocurra en

el país, con ella nos queremos referir también a la que se comprueba en otros países y que, eventualmente, puede afectar una relación del Estado colombiano con sus contratistas.

Para este propósito tanto la jurisprudencia como la Ley, actualizaron su posición proponiendo dos herramientas.

A través de boletín No. 181 de 4 de marzo de 2016, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, hizo público el concepto No. 2260 de 10 de agosto de 2016, cuyo Consejero Ponente es el Dr. Álvaro Namén Vargas, en el que se señaló que los delitos cometidos en el exterior contra la administración cuya pena sea privativa de la libertad, tienen efectos en la jurisdicción nacional, en cinco sentidos, dependiendo de la circunstancia en concreto:

1	<p>INHABILIDADES. El concepto señaló que están inhabilitadas para proponer y contratar las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por delitos contra la administración o soborno transnacional. Esto incluye a las sociedades de que sean socios e incluso cuando el representante legal de esa persona jurídica sea cobijado con medida de aseguramiento o sentencia, siempre que estos hechos se relacionen con la actividad contractual que realizan en Colombia.</p> <p>En este punto el Consejo de Estado recomendó adoptar, entre otras, medidas de carácter preventivo en los estudios previos, los pliegos y las cláusulas de contratos estatales.</p>
2	<p>EFFECTOS DE LA INHABILIDAD. Cuando el proponente, adjudicatario o contratista resultare incurso en una de las causales legales de inhabilidad se configura, según la etapa en que se encuentre el contrato: renuncia a la participación, causal de revocatoria u obligación de cesión de participación.</p>
3	<p>CARÁCTER VINCULANTE. Los convenios internacionales de lucha contra la corrupción vinculan a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal.</p>
4	<p>RIESGOS Y GARANTÍAS. Cuando las condiciones de riesgo de corrupción o financiero se hayan modificado, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes que permitan mantener cubierto el riesgo en todas las etapas de la actividad contractual.</p>
5	<p>DECISIONES PROFERIDAS EN EL EXTRANJERO. Los documentos e informaciones de decisiones judiciales en firme emitidas en el extranjero, pueden obtenerse con base en los instrumentos internacionales y procesales aplicables.</p>

Así también, por conducto de la Ley 1778 de 2016, artículo 30, se modificó el artículo 433 del Código Penal, haciendo extensiva la pena por soborno cuando se extiendan, prometan u ofrezcan sumas de dinero u otro beneficio a servidor público extranjero; mientras que el 35,





modificatorio del art. 34 de la Ley 1474 de 2011, dota de herramientas de carácter sancionatorio a la Superintendencia de Sociedades, para sancionar a sociedades extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, cuando con el consentimiento de esta o con la tolerancia de la misma, se hayan beneficiado de la comisión de un delito contra la administración pública o que afecten el patrimonio económico.


En suma, el esfuerzo del sistema jurídico es importante, pero desde luego no será suficiente si el ejercicio de la capacidad institucional del Estado y, el particular empeño de los servidores públicos, no están articulados a blindar al patrimonio público de apetitos que solo buscan la satisfacción personal a costa del interés general, hecho que nos obliga a continuar haciendo valiendo el conjunto de valores que nos identifica personalmente y como institución, para continuar en la senda de la probidad.

Agradecemos al Dr. Andrés Fernando Huerfano, por su contribución en la elaboración del presente boletín.

Con un muy cordial saludo,

- (1) <http://www.almendron.com/artehistoria/historia-de-espana/edad-moderna/la-flota-de-indias/la-creacion-del-sistema/>
- (2) <http://micanaldepanama.com/nosotros/historia-del-canal/la-construccion-del-canal-por-los-estadounidenses>

 ANI Agencia Nacional de Infraestructura	Diego Orlando Bustos Forero Jefe Oficina de Control Interno Control Interno P2 Oficina de Control Interno PBX: 571 - 484 8860 Ext: 1422 Calle 24 A Nro. 59 - 42 Edificio T4, Piso 2 Bogotá D.C. – Colombia - www.ani.gov.co	  
---	--	---

 **Por favor piense en el medio ambiente antes de Imprimir este correo**
La información contenida en este correo electrónico es propiedad de la Agencia Nacional de Infraestructura.: es confidencial y para uso exclusivo de el (los) destinatario(s) / Si ha recibido este mensaje por error, por favor notifíquese inmediatamente al remitente: no copie, imprima, distribuya ni difunda su contenido. Las opiniones, conclusiones e informaciones que no estén relacionadas directamente con el negocio de la Agencia Nacional de Infraestructura. deben entenderse como personales y no están avaladas por la compañía.