

<Este documento fue sometido a proceso mecánico de conversión de PDF a RTF. Puede contener errores en la conversión>

TRATADOS INTERNACIONALES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN

Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA INTERNACIONAL / PERSONAS

JURÍDICAS - Responsabilidad por incurrir en soborno transnacional / RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA - Elementos Fundamentales / RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR SOBORNO TRANSNACIONAL EN QUE INCURRE UNA SOCIEDAD SUBORDINADA - Se extiende a su respectiva matriz

Colombia ha suscrito varios acuerdos bilaterales de asistencia y cooperación judicial recíproca con otros países, como el Acuerdo sobre Asistencia Legal y Cooperación Judicial Mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá, hecho en la ciudad de Panamá el 19 de noviembre 1993, y aprobado mediante la Ley 450 de 1998, o el Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil, suscrito en Cartagena de Indias el 7 de noviembre de 1997, y aprobado mediante la Ley 512 de 1999. (...) Colombia ha ido cumpliendo paulatinamente los compromisos internacionales asumidos en virtud de la suscripción y ratificación de estos tratados, para lo cual ha venido incorporando en su legislación instituciones jurídicas tales como el «soborno transnacional» (como delito), la responsabilidad de las personas jurídicas por participar o beneficiarse de tales conductas, y la inhabilidad para contratar con el Estado, por incurrir en dichos actos (...) los elementos fundamentales de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional son los siguientes: Con respecto a la naturaleza de dicha responsabilidad, la Ley 1778 dispone claramente que es de tipo administrativo y no judicial, por lo que la investigación de la conducta, la determinación de la responsabilidad y la imposición de las sanciones no comportan, en ningún aspecto, el ejercicio de la función jurisdiccional, ni están supeditadas a decisiones que las autoridades judiciales adopten en otros procesos y actuaciones, como, por ejemplo, en los procesos penales que se adelanten por los mismos hechos contra personas naturales. (...) En relación con el hecho que genera la responsabilidad, este consiste en que una persona jurídica, por medio de uno o varios de sus empleados, contratistas, administradores o asociados (socios) controlantes, propios o de cualquier persona jurídica subordinada, dé, ofrezca o prometa, directa o indirectamente (es decir, a través de otra persona natural o jurídica), a un servidor público extranjero, sumas de dinero, objetos de valor pecuniario o cualquier otro beneficio o utilidad, para que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y vinculado con un negocio o transacción internacional (soborno transnacional) (...) En cuanto al sujeto pasivo de la responsabilidad y de las sanciones correspondientes, es necesario aclarar, en primer lugar, que solo pueden incurrir en dicha responsabilidad administrativa las personas jurídicas. Las personas naturales que cometan esta conducta, ya sea por su propia cuenta o en beneficio de otra persona, natural o jurídica, cometen el delito de soborno transnacional, por lo que quedarían sujetas a las sanciones que los jueces penales consideren procedente aplicarles, de acuerdo con el artículo 433 del Código Penal.(.) [S]egún lo previsto en el inciso cuarto del artículo 2 de la Ley 1778, la responsabilidad administrativa por soborno transnacional en que incurra una sociedad subordinada (subsidiaria o filial) se extiende a su respectiva matriz, siempre que dicha conducta haya sido cometida por la subordinada «con el consentimiento o tolerancia

de la matriz». (...) el párrafo 1° del artículo 2 de la Ley 1778 define lo que debe entenderse por “servidor público extranjero», a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales antes reseñados y, especialmente, en la Convención Anti-soborno de la OCDE, así como de lo previsto en el párrafo del artículo 433 del Código Penal. Vale la pena resaltar que este concepto no incluye solamente a las personas que ejerzan funciones públicas a

nombre de un Estado extranjero, sus subdivisiones políticas, dependencias, organismos y entidades, sino también a «cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional»

FUENTE FORMAL: CÓDIGO PENAL - ARTÍCULO 433 / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 2 / LEY 512 DE 1999 / LEY 450 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Sobre las nociones de sucursal, sociedad extranjera sociedad subordinada y filial ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 y 2264 de 2015

INVESTIGACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS QUE PUEDAN INCURRIR EN CONDUCTAS EN SOBORNO TRASNACIONAL - Competencia

En relación con la competencia para investigar a las personas jurídicas que puedan incurrir en estas conductas, bajo cualquiera de las modalidades mencionadas, establecer su responsabilidad administrativa y aplicar las correspondientes sanciones, el artículo 3 de la Ley 1778 de 2016 preceptúa que tales atribuciones recaen en la Superintendencia de Sociedades. Esta competencia es exclusiva, pues ni dicha ley, ni otra, atribuyen funciones a autoridades diferentes, en esta materia. Por lo tanto, la Superintendencia de Sociedades puede ejercer esta atribución, incluso, sobre sociedades y otras personas jurídicas que no estén sometidas a su vigilancia permanente, que estén vigiladas permanentemente por otras superintendencias (como sucede con las entidades financieras, las empresas de servicios públicos domiciliarios, las cooperativas o las instituciones que prestan servicios de salud, entre otros casos), o que no estén vigiladas de manera permanente por ninguna autoridad

FUENTE FORMAL: LEY 1178 DE 2016 - ARTÍCULO 3

PERSONAS JURÍDICAS QUE PUEDAN INCURRIR EN CONDUCTAS EN SOBORNO TRASNACIONAL- Sanciones aplicables

[U]na de las «sanciones» que la Superintendencia de Sociedades puede imponer, en estos casos, es la inhabilitación de la persona jurídica responsable para contratar con el Estado, por un término de «hasta» veinte años. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta misma inhabilitación está prevista en otra norma legal: el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, que fue modificado, de nuevo, por el artículo 31 de la misma Ley 1778. En dicha disposición, la citada inhabilitación no está regulada como una «sanción» que la Superintendencia de Sociedades pueda imponer o abstenerse de hacerlo, o que dependa de algún criterio de proporcionalidad (como el previsto en el artículo 7 ibidem), sino como una consecuencia jurídica del hecho de que una persona natural sea declarada judicialmente responsable por ciertos delitos (entre ellos, el soborno transnacional), o de que una persona jurídica sea declarada administrativamente responsable por la misma conducta (...) [P]or tratarse indiscutiblemente de una actuación administrativa de carácter sancionatorio, la remisión a las normas de la parte primera del CPACA, que el artículo

transcrito ordena, debe entenderse hecha, en primer lugar, a las disposiciones del Capítulo III (Procedimiento administrativo sancionatorio) del Título III y, en segundo lugar, a los preceptos contenidos en los Capítulos I y II del mismo título, que regulan el «procedimiento administrativo general», así como a las restantes normas de la Parte Primera del CPACA

FUENTE FORMAL: LEY 1778 DE 016 - ARTÍCULO 31 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 / LEY 1437 DE 2011 / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 7 / LEY 1778 DE 016 - ARTÍCULO 8

INHABILIDAD PARA CONTRATAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8, NUMERAL 1°, LITERAL J), DE LA LEY 80 DE 1993 / OTRAS INHABILIDADES PARA CONTRATAR - Interrelación

[L]a causal de inhabilidad prevista en el literal j) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 se puede presentar, no solamente cuando la condena por algún delito contra la Administración Pública, cuya pena sea privativa de la libertad, o por soborno transnacional, haya sido impuesta por un juez nacional, sino también cuando una condena ejecutoriada por tales delitos, o sus equivalentes en otros países, haya sido impuesta por un juez extranjero. (...) los principales cambios introducidos por el artículo 31 de la Ley 1778 a la causal de inhabilidad que nos ocupa, son los siguientes: (...) Antes, la causal solamente cobijaba a las personas naturales que fueran condenadas judicialmente por delitos contra la Administración Pública, cuya pena fuera privativa de la libertad, o por soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Ahora, la inhabilidad comprende a las personas físicas que sean declaradas judicialmente responsables por la comisión de tales delitos (aunque no impliquen pena privativa de la libertad), o cualquiera de los delitos o faltas previstos en la Ley 1474 de 2011 y sus normas

modificatorias, o en las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción

suscritas y ratificadas por Colombia. Es pertinente aclarar que el soborno transnacional está tipificado como uno de los delitos que pueden cometerse contra la Administración Pública (Título XV del Código Penal), y está previsto, además, en los tratados suscritos por Colombia en materia de lucha contra la corrupción y en la Ley 1474 de 2011. Igualmente, la Ley 1778 de 2016 incluyó a las personas jurídicas que sean declaradas responsables administrativamente por la conducta

de soborno transnacional. (...) Aunque el texto anterior no lo decía expresamente, debe entenderse, conforme a las normas constitucionales y legales que regulan el debido proceso, el derecho a la defensa y los efectos de las providencias judiciales, que esta inhabilidad solo empezaba a regir después de ejecutoriada la respectiva sentencia judicial condenatoria. Ahora, el inciso segundo de la norma dispone que esta inhabilidad procede **preventivamente**, «aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria». Esto significa que, de forma similar a como opera una medida cautelar, dicha inhabilidad empieza a generar efectos inmediatamente después de dictarse y notificarse la sentencia judicial con la cual se condene a una persona natural por alguno de los delitos señalados en la disposición que se analiza, aunque tal providencia no se encuentre todavía en firme, por haber sido objeto de algún recurso o de cualquier otro mecanismo de impugnación o revisión (como el grado de consulta), que todavía no se haya resuelto. Destaca la Sala que esta parte del precepto alude exclusivamente a la «impugnación de la sentencia condenatoria», y no a la impugnación del

acto administrativo sancionatorio, o de la decisión con la cual se imponga la sanción, en general, por lo que es claro que se refiere solamente a las sentencias dictadas por los jueces, mediante las cuales se condene penalmente a una persona natural por alguno de los delitos referidos en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, y no a las resoluciones u otros actos administrativos por medio de los cuales se declare a una persona jurídica responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 / LEY 1778 DE 2016 / LEY 1474 DE 2011

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inhabilidad para contratar prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la ley 80 de 1993 ver Sala de Consulta y Servicio Civil conceptos 2260 y 2264 de 2015

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO - Ampliación realizada por la ley 1778 de 2016 / SOCIO CONTROLANTE / SOCIEDAD MATRIZ / SUBORDINADAS / SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA

[L]a Ley 1778 de 2016 amplió la extensión de esta inhabilidad para contratar con el Estado a un grupo de sociedades más amplio que el previsto en la versión anterior, al incluir: (.) Las sociedades de las que la persona natural o jurídica encontrada judicial o administrativamente responsable, según el caso, sea administrador. Ya se indicó que, conforme al artículo 22 de la Ley 222 de 1995, los administradores de una sociedad son «el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones» (...) Las sociedades en las que la persona física o moral declarada judicial o administrativamente responsable, según el caso, sea socio controlante. (...) Las sociedades matrices y subordinadas (incluyendo filiales y subsidiarias) de aquellas mencionadas en los dos puntos anteriores. Vale la pena aclarar que, a juicio de la Sala, esta parte de la norma no se refiere a la matriz de la propia persona jurídica que haya sido declarada administrativamente responsable por soborno transnacional, ni a las subordinadas de la persona natural o jurídica declarada responsable, pues: (i) En relación con las matrices, el artículo 2, inciso 3°, de la Ley 1778 de 2016 establece un tratamiento especial, al disponer que «[l]as entidades que tengan la calidad de matrices serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz» (se destaca). Como una de las consecuencias que tiene esta declaratoria de responsabilidad (.) (ii) Y con respecto a las sociedades subordinadas de la persona natural o jurídica declarada responsable, la Sala observa que estas compañías ya están incluidas en otra parte del literal j) que se comenta, cuando dice que la inhabilidad se extiende a las sociedades de las que la persona natural o jurídica declarada responsable sea socio controlante, pues esto significa que las citadas sociedades son subordinadas de aquella persona, ya sea de manera directa, como ocurre con las filiales, o de forma indirecta, como sucede con las subsidiarias (artículo 260 del Código de Comercio). (.) Las sucursales de sociedades extranjeras. Dado que las sucursales de compañías extranjeras y las sucursales, en general, no son sociedades ni otro tipo de persona jurídica, sino establecimientos de comercio, es necesario señalar que dichas sucursales no tienen socios, y tampoco tienen matrices ni subordinadas. Por lo tanto, la Sala entiende que la extensión que la norma que se comenta ordena, en este caso, a las «sucursales de sociedades extranjeras» hace relación a las personas naturales o jurídicas

que actúen como administrador de la respectiva sucursal, ya sea en calidad de mandatario y, por lo tanto, representante de la sociedad extranjera en Colombia, o en otra condición (según los respectivos estatutos sociales)

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 LITERAL J / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 260 / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 2 INCISO 3 / CÓDIGO DE COMERCIO ARTÍCULO 261 / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 31 / LEY 222 DE 1995 - ARTÍCULO 22

INHABILIDADES - Naturaleza jurídica / INHABILIDAD - Finalidad / INHABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8, NUMERAL 1°, LITERAL J) DE

LA LEY 80 DE 1993, CONFORME A LA LEY 1778 DE 2016 - Carácter / INHABILIDAD PARA CONTRATAR - Vigencia

[A]unque las inhabilidades constituyen limitaciones o restricciones a la capacidad general para contratar con el Estado, no han sido establecidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como una pena o sanción, en sentido estricto, para las personas naturales o jurídicas afectadas, con el fin de castigarlas por un comportamiento ilegal o incorrecto, sino que han sido previstas como instrumentos jurídicos de naturaleza preventiva, que buscan hacer efectivos y garantizar los principios de transparencia, moralidad, imparcialidad, economía y buena fe, entre otros, en la actividad contractual de la Administración Pública, así como la protección de los recursos públicos involucrados en los contratos estatales. (.) [F]rente a ese doble carácter jurídico que la Ley 1778 de 2016 le otorga a esta situación: como sanción administrativa y como inhabilidad para contratar con el Estado, debe prevalecer este último, a juicio de la Sala, habida consideración de los bienes jurídicos que protege y de las finalidades de interés público que persigue el régimen de inhabilidades e incompatibilidades diseñado por el Legislador. (.) La Sala no desconoce que, para una parte de la jurisprudencia y de la doctrina, las inhabilidades para contratar, independientemente de su origen, constituyen una sanción, en sí mismas, pues representan una limitación temporal y, a veces, una prohibición definitiva para contratar con el Estado, lo que representa naturalmente una consecuencia nefasta para la persona natural o jurídica afectada. (.) [M]ientras que el artículo 5, numeral 2°, de la Ley 1778 de 2016 permite a la Superintendencia de Sociedades sancionar a una persona jurídica que haya cometido la falta de soborno transnacional, con una inhabilidad para contratar con el Estado “de hasta veinte (20) años” (se resalta), el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993 (como fue modificado por la Ley 1778, artículo 31) establece que las personas jurídicas que hayan sido declaradas administrativamente responsables por esta conducta quedan inhabilitadas para contratar con el Estado “por un término de veinte (20) años” (destacamos). Así, mientras que la «sanción» de inhabilidad impuesta por la Superintendencia podría tener, en principio, una duración inferior a veinte años, la inhabilidad para contratar, generada por esta misma situación, no puede tener una vigencia inferior (ni superior) a veinte años

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 LITERAL J / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 5 NUMERAL 2

APLICACIÓN DE LA INHABILIDAD INDIRECTA O «POR EXTENSIÓN» - Independencia frente a la sanción administrativa / SOCIEDADES Y SUCURSALES DE COMPAÑÍAS EXTRANJERAS CONCERNIDAS

[P]ara configurar la inhabilidad indirecta o «por extensión» que establece el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, en su inciso tercero, el Legislador no requiere, ni siquiera, que la sociedad afectada con esta inhabilidad se haya beneficiado directa o indirectamente con la conducta reprochable cometida por el inhabilitado directo. Este tipo de inhabilidades ha sido prevista por la ley, no solo en el literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80, objeto de esta consulta, sino también en otras normas, como el literal k) del mismo numeral, modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, que se refiere a la inhabilidad de las personas naturales y jurídicas que financien campañas políticas, en determinado monto, y que, según el inciso tercero de la norma in fine, «comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las

alcaldías» (se resalta). (...) [L]a interpretación que, a juicio de la Sala, resulta más lógica, equitativa con todas las partes involucradas y, sobretodo, eficaz, conforme a la finalidad perseguida por la ley, al consagrar este tipo de inhabilidades indirectas o por extensión, es la que consiste en considerar que dicha inhabilidad recae sobre todas y cada una de las sociedades y sucursales de sociedades extranjeras de las que sea o llegue a hacer parte (como socio controlante o administrador) la persona natural o jurídica declarada judicial o administrativamente responsable, en cualquier momento posterior a la declaratoria de responsabilidad y dentro de los veinte años siguientes, siempre que mantenga

su calidad de socio controlante o administrador de aquellas sociedades o sucursales. Es importante aclarar que lo anterior no significa que cada una de las sociedades o sucursales de sociedades extranjeras mencionadas quede inhabilitada por un periodo de veinte años, en forma independiente, ya sea desde la sentencia o el acto administrativo sancionatorio que generó la inhabilidad al responsable (inhabilitado directo), o a partir del momento en que este empiece a tener una participación o vínculo con aquellas sociedades o sucursales, sino que tales compañías y sucursales de sociedades extranjeras quedan inhabilitadas para contratar con el Estado mientras el inhabilitado directo mantenga en ellas su participación o su posición como socio controlante o administrador. De esta manera, las referidas sociedades y sucursales podrían recuperar, en cualquier momento, su capacidad para contratar con el Estado, si rompen los vínculos que mantienen con el individuo o la entidad declarados responsables

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 LITERAL J / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 33

SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN DE PERSONERÍA JURÍDICA COMO POTESTAD DE JUEZ PENAL - Respecto a personas que se hayan querido beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público / SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN DE PERSONERÍA JURÍDICA - Como medida de restablecimiento de derechos

La Ley 1778 de 2016 (artículo 35) modificó igualmente el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, norma que establece: a- La potestad atribuida a los jueces penales, de acuerdo con el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, para suspender o cancelar la personería jurídica de las personas morales, o de cerrar temporal o definitivamente establecimientos

de comercio, que «se hayan buscado beneficiar» de la comisión de delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, cometidos por sus administradores, directa o indirectamente; y b- la facultad otorgada a la Superintendencia de Sociedades para sancionar administrativamente a las sociedades domiciliadas en Colombia y a las sucursales de compañías extranjeras en el país, que se hayan beneficiado con el delito de «cohecho por dar u ofrecer» (a un servidor público colombiano) cometido por cualquiera de sus administradores, siempre que exista en su contra una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada. (.) La medida de suspensión o cancelación de la personería jurídica, y la de cierre temporal o definitivo de los establecimientos de comercio, que pueden dictar los jueces penales, corresponden a un mecanismo de restablecimiento del derecho que tales jueces pueden adoptar, en el curso de los procesos penales que tramiten por estos delitos, en los que aparezca involucrada una persona jurídica o un establecimiento abierto al público. En consecuencia, se trata de un instrumento especial, propio del procedimiento penal, que no constituye una sanción, en sentido estricto, ni genera, por sí mismo, inhabilidad para contratar con el Estado. (.) De lo anterior se deriva que los elementos que la ley exige para la aplicación de estas medidas, entre ellos, que la persona jurídica o el establecimiento de comercio «se hayan buscado beneficiar»

con la conducta ilícita, deben aplicarse dentro de su propio ámbito y no pueden extenderse a otras instituciones reguladas por la ley, como la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional o la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993 (con sus modificaciones)

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 / LEY 1778 DE 2016 - ARTÍCULO 35 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 34

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00129-00(2425)

Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Referencia: Responsabilidad de las personas jurídicas por participar en la conducta de soborno transnacional. Sanciones e inhabilidad para celebrar contratos estatales. Otras medidas que pueden adoptarse contra entidades por actos de corrupción. Ley 1778 de 2016.

El Gobierno Nacional, por conducto de la ministra de Justicia y del Derecho, formula a la Sala una consulta relacionada con la responsabilidad de las personas jurídicas por participar en conductas tipificadas como soborno transnacional; la aplicación de las sanciones de suspensión y cancelación de la personería jurídica a dichas entidades, y las inhabilidades para contratar con el Estado en las que pueden incurrir, tanto las personas naturales como las morales, por cometer aquella y otras conductas ilícitas, conforme a lo dispuesto en la Ley 1778 de 2016.

ANTECEDENTES

Como punto de partida, la ministra recuerda que Colombia ha suscrito y ratificado varios

tratados internacionales que comprometen a los Estados parte a adoptar medidas jurídicas eficaces para prevenir, combatir y eliminar la delincuencia organizada internacional y, particularmente, las conductas de cohecho o soborno en las transacciones comerciales internacionales.

A este respecto, señala que el país ha suscrito y aprobado las siguientes convenciones internacionales:

La Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante la Ley 800 de 2003;

la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Ley 970 de 2005, y

la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada con la Ley 1573 de 2012.

Estos tres instrumentos ordenan a los Estados signatarios, entre otras cosas, tipificar como delito el «soborno transnacional» y, tanto la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales (en adelante, Convención Anti-soborno de la OCDE¹), disponen que los países suscriptores deben establecer, en sus propias legislaciones, sanciones proporcionales, disuasivas y eficaces, de índole penal, civil o administrativa, contra las personas jurídicas que se vean involucradas en esta conducta.

En cumplimiento de estos tratados internacionales, Colombia expidió la Ley 1778 de 2016, mediante la cual se establece una responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que cometan o se vean involucradas en conductas de soborno o cohecho transnacional; se modifica (de nuevo) el tipo penal de soborno transnacional para las personas naturales, previsto en el Código Penal, y se establece, tanto para las personas naturales como para las jurídicas, una inhabilidad para contratar con el Estado, por la comisión de estos ilícitos.

Asimismo, la funcionaria consultante afirma que la Ley 1778 impone dos clases de «sanciones» para las personas jurídicas, por estos comportamientos: (i) una inhabilidad para contratar con el Estado y (ii) la suspensión o la cancelación de la personería jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004^{1 2}.

Sobre la inhabilidad para celebrar contratos estatales, menciona que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, tal inhabilidad se aplica, por un período de veinte años, tanto a las personas naturales que sean declaradas judicialmente responsables de este delito como a las personas morales que sean declaradas administrativamente responsables de la misma conducta.

Recuerda, también, que la norma citada dispone que esta inhabilidad procederá preventivamente, «aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria», y que dicha consecuencia «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».

Igualmente, se indica en la consulta que el artículo 35 de la Ley 1778 remite al artículo 91 de la Ley 906 de 2004, que establece la posibilidad de suspender e, incluso, cancelar la personería jurídica de las personas morales que «pretendan beneficiarse de la comisión de delitos contra la administración pública o contra el patrimonio público, cometidos por su representante legal o sus administradores».

Ahora bien, con respecto a estas normas, la ministra advierte que existe una posible antinomia o contradicción, ya que, mientras el artículo 5, numeral 2°, de la

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. OECD, por sus siglas en inglés.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal».

Ley 1778 de 2016, en armonía con el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011³, dispone que la inhabilidad para contratar con el Estado de las personas jurídicas que sean declaradas administrativamente responsables por incurrir en soborno transnacional comienza a partir de la ejecutoria de la resolución que declare dicha responsabilidad, el artículo 31 de la Ley 1778 preceptúa que tal inhabilidad procede preventivamente, incluso cuando esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

En virtud de lo anterior, la ministra de Justicia y del Derecho plantea las siguientes PREGUNTAS:

¿La expresión del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, “[...] 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 [.]” se interpreta para las personas (i) desde el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la sentencia penal o la declaración de la responsabilidad administrativa, o (ii) desde el momento en el que se declaró responsable penalmente a la persona natural o administrativamente a la persona jurídica.

Al realizar una interpretación integral de la Ley 1778 de 2016, se consulta ¿si la expresión del artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 “[.] que se hayan buscado beneficiar [.]”, se aplica también al artículo 31 ibidem, de manera que la inhabilidad solamente cubija a aquellas personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras que se hayan buscado beneficiar de la conducta?

CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala estudiará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) tratados internacionales para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada internacional, y su desarrollo en la legislación colombiana; (ii) la Ley 1778 de 2016; (iii) la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, (iv) el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011: otras medidas judiciales y administrativas que pueden adoptarse contra personas jurídicas, en casos de corrupción, y (v) conclusiones.

Tratados internacionales para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada internacional, y su desarrollo en la legislación colombiana

Convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Colombia para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada internacional

En las últimas décadas, Colombia ha suscrito, aprobado y ratificado varias convenciones o tratados internacionales para prevenir, controlar y combatir la corrupción y otras formas de criminalidad organizada, nacional e internacional. Entre estos instrumentos, merece la pena destacar los siguientes:

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). El artículo 87 de este código dispone cuándo se produce la firmeza de los actos administrativos.

Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, y aprobada por Colombia mediante la Ley 412 de 1997⁴.

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora (de la OCDE) en París, el 21 de noviembre de 1997, y aprobada internamente con la Ley 1573 de 2012⁵.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000, y aprobada por el país mediante la Ley 800 de 2003⁶.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003, y aprobada por Colombia con la Ley 970 de 2005⁷.

Los propósitos y el contenido general de los dos primeros tratados internacionales y del último citados, así como su relación con la lucha global contra la corrupción, fueron explicados ampliamente por la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015⁸, a los cuales remitimos, en este punto y en otros.

Con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, es importante señalar que, conforme a su artículo 8, cada Estado se compromete a adoptar, en su legislación interna, las medidas legislativas o de otra índole que se requieran para tipificar como delito determinadas conductas, cuando se cometan intencionalmente, entre ellas: (i) la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público (nacional), directa o indirectamente, de un beneficio indebido, en provecho propio o ajeno, para que dicho servidor actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales, así como (ii) la solicitud o aceptación, directa o indirectamente, de dicho beneficio por parte de un funcionario público.

La misma norma establece que cada Estado considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las conductas referidas anteriormente, cuando involucren a un funcionario público extranjero o a un funcionario internacional, así como otras formas de corrupción.

Asimismo, vale la pena mencionar que, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Anti-soborno de la OCDE, obligan a los Estados a tipificar penalmente el soborno transnacional, es decir, la conducta que consiste en dar, prometer u ofrecer

intencionalmente a un servidor público extranjero, o de una organización pública internacional, cualquier clase de beneficio indebido, para sí o para un tercero, con el fin de que dicho servidor actúe o se abstenga de actuar en

⁴ Declarada exequible por la Corte Constitucional, junto con el respectivo tratado internacional, mediante la sentencia C-397 del 5 de agosto de 1998.

⁵ Esta ley y la respectiva convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, en la sentencia C-944 de 2012.

⁶ Declarada exequible por la Corte Constitucional, junto con el respectivo tratado, mediante la sentencia C-962 del 21 de octubre de 2003.

⁷ Convención y ley aprobatorias declaradas exequibles por la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-172 de 2006.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos números 2260 y 2264, del 10 y el 27 de agosto de 2015, respectivamente.

el cumplimiento de sus funciones oficiales, especialmente cuando se busque obtener o mantener una transacción comercial, o alguna otra ventaja indebida en negocios, transacciones o actividades comerciales internacionales.

Ahora bien, en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas o morales por estas conductas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Anti-soborno de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establecen, con algunas variaciones, que cada Estado signatario adoptará, de acuerdo con sus principios jurídicos propios, las medidas que sean necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en estos delitos. Dicha responsabilidad puede ser de índole penal, civil o administrativa, y debe ser, en todo caso, independiente de la responsabilidad penal que corresponda a las personas naturales involucradas en las mismas conductas.

Los referidos instrumentos internacionales señalan, adicionalmente, que los países firmantes deben velar porque se impongan, a las personas morales que sean declaradas responsables de estos ilícitos, sanciones penales o no penales (incluyendo multas) que resulten eficaces, proporcionales y disuasivas.

Del mismo modo, dichos convenios señalan que los Estados pueden establecer, de acuerdo con su derecho interno, consecuencias o sanciones adicionales para los actos de corrupción. Sobre este punto, vale la pena citar el artículo 34 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo 3, numeral 4°, de la Convención Anti-soborno de la OCDE.

La primera de las normas mencionadas dispone:

Artículo 34. Consecuencias de los actos de corrupción.

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de

corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva. (Subrayas ajenas al texto).

Y, según el artículo 3, numeral 4°, de la Convención Anti-soborno de la OCDE, «cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero» (se destaca).

Sobre este mismo numeral, en el documento intitulado «Comentarios sobre la Convención»⁹, aprobado por la Conferencia Negociadora (de la OCDE) el 21 de noviembre de 1997, se puede leer la siguiente explicación:

24. Entre las sanciones administrativas o civiles, aparte de las multas no penales, que podrían imponerse a las personas morales por el acto de cohecho de un servidor público extranjero figuran: la exclusión del derecho a recibir ayuda o beneficios públicos; la descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales; la colocación bajo supervisión judicial; y una orden judicial de liquidación. (Resaltamos).

⁹ OECD, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados, p. 15. Documento disponible en la página de internet de la OCDE: .

Asimismo, en el documento denominado «Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales»^{10 11}, aprobado por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 2009, se recomienda lo siguiente:

Ventajas públicas, incluidas las adquisiciones públicas XI. RECOMIENDA:

I. Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender - en un grado adecuado - de los concursos por contratos

públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos contratos de adquisiciones públicas y contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las

empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones públicas a las empresas resueltas

a sobornar a servidores públicos nacionales, que aplique esas sanciones por

igual en el caso de cohecho a servidores públicos extranjeros... (Negrillas del original; subraya la Sala).

Como se aprecia, aun cuando la Convención Anti-soborno de la OCDE no establece directamente que el soborno transnacional, o el cohecho, en general, produzcan, para la

persona natural o jurídica implicada, una inhabilidad para contratar con los Estados miembros, ni obliga a tales países a señalarlo así en sus legislaciones internas, sí establece la posibilidad de que tal inhabilidad sea prevista por cada país, en sus normas internas, como una «sanción» o consecuencia adicional, de carácter civil o administrativo, para las personas o entidades que incurran en estas conductas. Más aún, así lo recomienda el Consejo de la OCDE.

Por otra parte, los tratados internacionales citados (incluyendo la Convención Interamericana contra la Corrupción) disponen que los Estados contratantes deben adoptar las medidas (legislativas, judiciales y administrativas) que se requieran para embargar, incautar preventivamente y decomisar los bienes que se utilicen para la comisión de estos delitos, o que sean producto de los mismos. Con esta finalidad, ordenan a dichos países colaborar entre sí para identificar, aprehender, inmovilizar y, según el caso, transferir o compartir tales bienes o el producto de su venta.

A este respecto, vale la pena recordar¹¹ que Colombia ha suscrito varios acuerdos bilaterales de asistencia y cooperación judicial recíproca con otros países, como el Acuerdo sobre Asistencia Legal y Cooperación Judicial Mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá, hecho en la ciudad de Panamá el 19 de noviembre 1993, y aprobado mediante la Ley 450 de 1998, o el Acuerdo de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil, suscrito en Cartagena de Indias el 7 de noviembre de 1997, y aprobado mediante la Ley 512 de 1999.

Desarrollo normativo interno

¹⁰ Ob. cit., página 26.

¹¹ Como se explicó en los citados conceptos 2260 y 2264 de 2015.

Colombia ha ido cumpliendo paulatinamente los compromisos internacionales asumidos en virtud de la suscripción y ratificación de estos tratados, para lo cual ha venido incorporando en su legislación instituciones jurídicas tales como el «soborno transnacional» (como delito), la responsabilidad de las personas jurídicas por participar o beneficiarse de tales conductas, y la inhabilidad para contratar con el Estado, por incurrir en dichos actos, tal como se muestra en esta breve reseña:

a- Inicialmente, el artículo 433 del Código Penal (Ley 599 de 2000) tipificó el delito de soborno transnacional, en los siguientes términos:

Artículo 433. Soborno transnacional. El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sanciones previstas en esta norma fueron aumentadas, luego, por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

b- Más adelante, el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) facultó a

los jueces de control de garantías para ordenar a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, suspendan la personería jurídica o efectúen el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, que sean propiedad de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que tales entidades o establecimientos han sido usados, total o parcialmente, para el desarrollo de actividades delictivas. Asimismo, preceptuó que estas medidas se dispondrían con carácter definitivo en la sentencia condenatoria, cuando existiera convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que las originen.

c- Posteriormente, se expidió la Ley 1121 de 2006¹², cuyo artículo 27 dispuso: «El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos;

lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas». (Se subraya).

d- Luego, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007¹³ adicionó el literal j) al numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹⁴, con el fin de incorporar una nueva inhabilidad para contratar con el Estado, a cargo de las personas naturales que sean declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. La misma norma dispuso que esta inhabilidad se extendería «a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas».

¹² «Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones».

¹³ «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».

¹⁴ «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

e- Años más tarde, se expidió el Acto Legislativo 1 de 2009, cuyo artículo 4° modificó el inciso final (en ese momento) del artículo 122 de la Constitución Política, estableciendo:

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.

(.). (Se destaca).

f- Después, se expidió la Ley 1474 de 2011¹⁵, conocida como «Estatuto Anticorrupción», que contiene numerosos instrumentos y medidas en materia administrativa, penal, disciplinaria, fiscal y de contratación pública, para prevenir, controlar y reprimir la corrupción, tanto en el sector público como en el privado. En relación con los temas objeto de este concepto, merece la pena destacar las siguientes normas de dicha ley:

El artículo 1, que modificó el literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 (incorporado, como se dijo, por la Ley 1150), en el siguiente sentido:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad ~~o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación~~

~~de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior,~~¹⁶ o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

El artículo 2, que adicionó el literal k) al artículo 8 de la Ley 80 de 1993, con el fin de establecer una nueva inhabilidad, para las personas que financien campañas políticas en determinados montos. La misma norma dispuso que «[e]sta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías» (se resalta).

El artículo 30, que modificó el artículo 433 del Código Penal, en relación con la descripción del tipo penal de soborno transnacional y con las sanciones que pueden aplicarse a quienes resulten responsables de dicha conducta.

¹⁵ «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».

¹⁶ El texto que aparece tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-630 de 2012, por considerar que el Legislador no podía limitar, a 20 años, la duración de una inhabilidad que la Constitución había establecido directamente, en forma indefinida o permanente, para dichos delitos.

Los artículos 4, 5, 84 y 90, que crearon nuevas causales de inhabilidad para contratar con el Estado, a cargo de los ex servidores públicos, los contratistas (en general) y los interventores.

El artículo 34, que dispuso lo siguiente:

Artículo 34. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las

entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995¹⁷, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos

mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el

consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o

con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de

un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público. (Se

resalta).

El texto que aparece escrito en cursivas, en el primer inciso, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 603 del 2 de noviembre de 2016, «EN EL ENTENDIDO de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de la imputación».

El artículo 86, que estableció un procedimiento especial, con el fin de garantizar los derechos de los contratistas al debido proceso y a la defensa, para que las entidades públicas declaren el incumplimiento de aquellos en los contratos estatales; cuantifiquen los perjuicios que hayan sufrido; impongan a los contratistas las multas estipuladas en los contratos; hagan efectiva la cláusula penal, y adopten contra estos otras decisiones de carácter sancionatorio.

g- Más adelante, los artículos 23 y 24, parágrafo, de la Ley 1508 de 2012¹⁸ ratificaron y ampliaron, para el caso de los contratos que correspondan a la modalidad de asociación público-privada (APP), la obligación impuesta a las entidades estatales por el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, de identificar y conocer adecuadamente al futuro contratista, el origen lícito de sus recursos y los beneficiarios reales del contrato. Sobre este punto, el artículo 23 de la Ley 1508 estatuyó:

¹⁷ «Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones». El artículo 86 de esta ley otorga a la Superintendencia de Sociedades, entre otras atribuciones, la de «[i]mponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos».

¹⁸ «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones».

Artículo 23. Identificación del beneficiario real del contrato y del origen de los recursos. Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo 10 de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar

declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales

o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar

adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos. (Se resalta).

h- Finalmente, se expidió la Ley 1778 de 2016, que fortalece las normas para prevenir y combatir el soborno transnacional; establece una responsabilidad administrativa por esta conducta, que puede ser declarada por la Superintendencia de Sociedades; reforma, de nuevo, el artículo 433 del Código Penal, sobre el delito de soborno transnacional; modifica las causales de inhabilidad para contratar previstas en los literales j) y k) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80, y contiene otras medidas para luchar contra la corrupción.

A esta ley nos referiremos enseguida, con más detalle, por constituir el objeto principal de la presente consulta.

La Ley 1778 de 2016

El Congreso de la República expidió la Ley 1778 de 2016, «[p]or 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».

Esta ley fue el resultado de un proyecto que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Justicia y del Derecho, presentó al Congreso de la República en el año 2014¹⁹, con la doble finalidad de fortalecer las medidas jurídicas para prevenir y combatir la corrupción, a la luz de las convenciones internacionales citadas con anterioridad, y cumplir los requisitos impuestos por la OCDE en esta materia, como condición para autorizar el ingreso de Colombia a dicha organización. Así lo explicó el ministro de Justicia de la época, en la correspondiente exposición de motivos²⁰:

En mayo de 2013 Colombia fue invitada a formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta organización tiene el objetivo de promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

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 (sic).

En virtud de lo preceptuado en el artículo 2° 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

¹⁹ Proyecto de Ley número 159 de 2014 Cámara.

²⁰ Gaceta del Congreso n.º 678 del 4 de noviembre de 2014, p. 6 a 8.

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.

El proyecto de ley que hoy se somete a consideración del Congreso tiene como objeto implementar esa convención. Para esos efectos, establece un régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que hayan incurrido en

soborno transnacional. Algunas de las normas de este proyecto de ley modifican la Ley 1474 de 2011, también conocida como Estatuto Anticorrupción, la cual fue revisada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE. Este Grupo de Trabajo, conformado por países miembros de la OCDE, concluyó que en el Código

Penal y en la Ley 1474 de 2011 existían una serie de vacíos que impedían la implementación plena de la Convención²¹.

De esta manera los cambios incluyen i) cambios solicitados por la OCDE al tipo penal de soborno transnacional, así como a la descripción típica de corrupción para efectos del artículo 7° sobre la labor de denuncia de revisores fiscales, y ii) cambios a la inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la

administración pública, en donde la inhabilidad aplica también para las sociedades controladas por tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas.

[...]

Entre las deficiencias específicas mencionadas por la OCDE se encuentran:

[...]

Vacíos en el régimen de responsabilidad de la personas jurídicas establecido en el

artículo 34 de la Ley 1474 de 2011. En particular la inaplicabilidad frente a entidades sin ánimo de lucro (párrafo 143), el hecho de restringirse la responsabilidad patrimonial a los actos consentidos por el representante legal o los administradores (párrafo 144), la posibilidad de prejudicialidad (párrafo 145), el monto bajo de las sanciones pecuniarias (párrafo 146) y la ausencia de definición sobre la competencia territorial de la Superintendencia de Sociedades (párrafo 147).

[.]

Vacíos en la responsabilidad de la persona jurídica por los actos cometidos por

funcionarios que no son administradores o representantes legales. Para que una persona jurídica sea responsable bajo la Ley 1474 de 2011, debe demostrarse que un representante legal o administrador cometió, consintió o toleró la comisión del delito de soborno transnacional. Debido a que este asunto es fundamental para cumplir con los estándares de la Convención y las Recomendaciones de 2009, el Grupo de Trabajo. hará seguimiento en este punto para garantizar

que las

personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los actos de soborno en el extranjero, aun cuando hayan sido cometidos por un empleado de menor nivel.

[...]

Además de ser un elemento crucial del proceso de adhesión a la OCDE, este

proyecto de ley es un instrumento importante en la lucha contra la corrupción. Con

este proyecto de ley, el alcance de la ley colombiana alcanzará no solo al cohecho que ocurre en Colombia respecto de servidores públicos colombianos, sino también

al que ocurre en el extranjero en relación con servidores públicos extranjeros. A la

vez, al implementar completamente la convención, Colombia se inserta en una red de colaboración multinacional en aspectos penales que permitirá perseguir el cohecho que se inicia en otros países y se materializa en Colombia. [.]

[.]

²¹ «[4] Ver informe del Grupo de Trabajo en

<http://www.oecd.org/daf/antiribery/ColombiaPhase1ReportEn.pdf>».

Es por estos motivos que el Gobierno nacional propone dar a las Superintendencias la capacidad para sancionar a las personas jurídicas, sin la necesidad de establecer previamente la responsabilidad individual de alguna persona natural. (Resaltamos).

La Ley 1778 de 2016 consta de dos partes principales: (i) la primera, conformada por los capítulos I a IV, establece y regula una responsabilidad administrativa para las personas jurídicas, por participar en conductas de soborno transnacional, así como algunos instrumentos para prevenir que las sociedades y empresas colombianas incurran en tales comportamientos, y (ii) la segunda parte, compuesta por los capítulos V a VII, contiene otras medidas para fortalecer la lucha contra la corrupción, y modifica varias disposiciones de las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011.

Responsabilidad de las personas jurídicas por incurrir en soborno transnacional

De la primera parte de la Ley 1778, es importante mencionar las siguientes disposiciones:

El artículo 2, que tipifica la falta de soborno transnacional para las personas jurídicas, y señala la responsabilidad administrativa correspondiente, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2°. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Las personas jurídicas que por medio de uno o varios:

empleados,

contratistas,

administradores, o

asociados,

propios o de cualquier persona jurídica subordinada:

den,

ofrezcan, o

prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente:

sumas de dinero,

cualquier objeto de valor pecuniario u

otro beneficio o utilidad,

a cambio de que el servidor público extranjero;

realice,

omita,

o retarde,

cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un

negocio o transacción internacional.

Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley.

Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el

consentimiento o la tolerancia de la matriz.

Parágrafo 1°. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona

que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Parágrafo 2°. Lo previsto en esta ley para las personas jurídicas se extenderá a las sucursales de sociedades que operen en el exterior, así como a las empresas

industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga

participación y sociedades de economía mixta.

Parágrafo 3°. Lo previsto en el presente artículo no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica.

(Negritas en el original; subrayas ajenas al texto original).

Para la adecuada comprensión de esta responsabilidad, es útil citar también lo previsto en los artículos 3 y 4 ibidem:

ARTÍCULO 3°. Competencia. Las conductas descritas en el artículo 2° de esta ley serán investigadas y sancionadas por la Superintendencia de Sociedades.

La Superintendencia tendrá competencia sobre las conductas cometidas en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera presuntamente responsable esté domiciliada en Colombia.

Parágrafo. La competencia prevista en este artículo no se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades.

ARTÍCULO 4°. No prejudicialidad. El inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa que se adelante respecto de una persona jurídica por las acciones u omisiones enunciadas conforme a lo previsto en el artículo 2° de la presente ley, no dependerá ni estará condicionado o supeditado a la iniciación de otro proceso, cualquiera sea su naturaleza, ni a la decisión que haya de adaptarse

en el mismo. La decisión de la actuación administrativa de que trata esta ley, tampoco constituirá prejudicialidad. (Se destaca).

Como puede deducirse de estas tres normas, en su conjunto, los elementos fundamentales de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional son los siguientes:

Con respecto a la naturaleza de dicha responsabilidad, la Ley 1778 dispone claramente que es de tipo administrativo y no judicial, por lo que la investigación de la conducta, la determinación de la responsabilidad y la imposición de las sanciones no comportan, en ningún aspecto, el ejercicio de la función jurisdiccional, ni están supeditadas a decisiones que las autoridades judiciales adopten en otros procesos y actuaciones, como, por ejemplo, en los procesos penales que se adelanten por los mismos hechos contra personas naturales.

Esto fue explicado por el ministro de Justicia de la época, ante la Comisión Primera del Senado de la República, durante el tercer debate del respectivo proyecto de ley (primero en esa corporación legislativa)²², así:

²² Gaceta del Congreso n.º 1018 del 3 de diciembre de 2015, p. 15. Acta número 21 de 2015 (noviembre 17) de la Comisión Primera del Senado.

(...) el resto de las disposiciones tienen que ver con la responsabilidad puramente administrativa de las personas jurídicas por actos de soborno transnacional, esto lo que muestra es que desde el comienzo se tomó una decisión frente a la opción

teórica de si la responsabilidad en estos casos de soborno transnacional respecto de las personas jurídicas debía ser de naturaleza penal o de naturaleza administrativa.

Y se optó por la responsabilidad puramente administrativa, entre otras cosas porque evita toda la polémica que en Colombia genera permanentemente la posibilidad de abrir el derecho penal a la responsabilidad de las personas jurídicas sin embargo, aun cuando se trata de una responsabilidad puramente administrativa, esto no quiere decir que es una responsabilidad leve, que el procedimiento no sea serio. y mucho menos. que no hayan previstas sanciones ejemplares. (sic). (Resaltamos).

En relación con el hecho que genera la responsabilidad, este consiste en que una persona jurídica, por medio de uno o varios de sus empleados, contratistas, administradores o asociados (socios) controlantes, propios o de cualquier persona jurídica subordinada, dé, ofrezca o prometa, directa o indirectamente (es decir, a través de otra persona natural o jurídica), a un servidor público extranjero, sumas de dinero, objetos de valor pecuniario o cualquier otro beneficio o utilidad, para que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y vinculado con un negocio o transacción internacional (soborno transnacional)

En cuanto al sujeto pasivo de la responsabilidad y de las sanciones correspondientes, es necesario aclarar, en primer lugar, que solo pueden incurrir en dicha responsabilidad administrativa las personas jurídicas. Las personas naturales que cometan esta conducta, ya sea por su propia cuenta o en beneficio de otra persona, natural o jurídica, cometen el delito de soborno transnacional, por lo que quedarían sujetas a las sanciones que los jueces penales consideren procedente aplicarles, de acuerdo con el artículo 433 del Código Penal.

Si bien el proyecto de ley establecía, originalmente, que en esta misma responsabilidad administrativa podían incurrir las personas físicas, esto se eliminó a partir de la ponencia para tercer debate (primero en el Senado)²³, en la cual se justificó este cambio así:

Artículo 2

Se sugiere eliminar la referencia a personas naturales dentro del proyecto puesto que las sanciones para ellas ya están consignadas en el artículo 433 de la Ley 599

del 2000²⁴. Esta actualmente prevé sanciones pecuniarias por los mismos actos, así como pena privativa de la libertad.

En segundo lugar, como la Ley 1778 de 2016 no limita esta responsabilidad a las sociedades, es claro que pueden incurrir en aquella las personas jurídicas sin ánimo de lucro (fundaciones, corporaciones o asociaciones civiles)²⁵,

²³ Gaceta del Congreso n.º 802 del 8 de octubre de 2015, p. 2.

²⁴ Nota de la Sala: Código Penal.

²⁵ El artículo 633 del Código Civil dispone:

«Artículo 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia

pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter».

cooperativas, juntas de acción comunal, etc.²⁶), las sociedades civiles y comerciales²⁷ y las personas jurídicas de derecho público que participen en negocios o transacciones internacionales. Es por ello que el parágrafo 2º del artículo 2 de la citada ley señala que sus normas se aplican, también, a las empresas industriales y comerciales del Estado, a las sociedades de economía mixta y a las demás sociedades en las que el Estado tenga participación (como las sociedades entre entidades públicas - artículos 68 y 101 de la Ley 489 de 1998²⁸ - y las empresas oficiales o mixtas de servicios públicos - artículos 17, 19 y 27 de la Ley 142 de 1994²⁹ -, entre otras).

Sobre la necesidad de incluir a las entidades sin ánimo de lucro y a las personas jurídicas de derecho público, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Soborno manifestó lo siguiente, en su Informe de Fase 2 sobre la Implementación de la Convención Anti-soborno de la OCDE en Colombia³⁰, elaborado en el mes de octubre de 2015:

b. Personas jurídicas objeto de responsabilidad

Las multas corporativas por soborno transnacional, bajo el artículo 34(3) de la Ley 1474, solo pueden ser impuestas a un número limitado de personas jurídicas. Estas comprenden sociedades, incluyendo empresas poseídas o controladas por el Estado. El Informe de Fase 1 ya había identificado que las entidades sin ánimo de lucro no podían ser responsables por soborno transnacional. Las discusiones de la Fase 2 revelaron un problema mucho más grande: conforme a la ley actual, las cerca de 90 compañías inscritas en el Mercado Público de Valores de Colombia, así como instituciones financieras no son objeto de sanciones pecuniarias por soborno transnacional (a pesar de que ellas podrían ser disueltas, bajo el artículo 34(1) de la Ley 1474). Estos dos grandes vacíos pueden ser corregidos si el Proyecto de Ley 159 se convierte en ley.

(i) Empresas poseídas y controladas por el Estado [SOEs³¹]

Garantizar que las SOEs queden cubiertas por la ley colombiana sobre responsabilidad de las personas jurídicas es particularmente importante en el contexto de la economía colombiana, en la que las SOEs representan un porcentaje de participación importante en el mercado. En lo que tiene que ver con la aplicación de la responsabilidad corporativa a las SOEs, durante la Fase 1, Colombia apuntó que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 sobre la Estructura Organizacional y el Funcionamiento de las Entidades Estatales, dispone que las

²⁶ Los artículos 40 a 45 del Decreto Ley 2150 de 1995, al igual que otras normativas de carácter especial, se refieren a otros tipos diferentes de entidades sin ánimo de lucro.

²⁷ El artículo 100 del Código de Comercio, subrogado por artículo 1 de la Ley 222 de 1995, establece:

«Artículo 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil».

²⁸ «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

²⁹ «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones».

³⁰ Phase 2 Report On Implementing The Oecd Anti-Bribery Convention In Colombia. Disponible en

la página de internet de la OCDE.

³¹ Nota de la Sala: SOEs: «State-owned and state controlled enterprises»: empresas poseídas o controladas por el Estado.

SOEs involucradas en actividades industriales o comerciales y económicas estaban reguladas por las normas del derecho privado. Colombia afirmó que esta responsabilidad de las empresas poseídas o controladas por el Estado se ha hecho efectiva en varias ocasiones por las cortes de Colombia, incluyendo la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, aunque no específicamente en casos de corrupción. El artículo 1, subsección 2, del Proyecto de Ley 159 aclara aun más este aspecto, al establecer que "las normas de esta ley se extenderán a [...] las empresas industriales y comerciales del Estado".

(ii) Entidades sin ánimo de lucro

En contraste con los dos primeros incisos del artículo 34, que permiten la disolución de las personas jurídicas, en general, el artículo 34(3) establece multas solo contra sociedades. Colombia explicó en la Fase 1 que esto se debía a que la Superintendencia de Sociedades, la agencia a cargo de la vigilancia de las “sociedades”, es la única con la atribución para imponer multas bajo el artículo 34(3). El soborno a servidores públicos extranjeros por parte de entidades sin ánimo de lucro no sería, entonces, castigable con sanciones pecuniarias, lo que no satisface los estándares de la Convención, en este punto³².

En relación con la nacionalidad de las personas jurídicas que pueden ser objeto de esta responsabilidad administrativa, de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley 1778 de 2016, se infiere que pueden incurrir en dicha responsabilidad: a- las personas jurídicas domiciliadas en Colombia, directamente o a través de sus subordinadas (filiales o subsidiarias), o de las sucursales que posean en el exterior, y b- las personas jurídicas extranjeras que operen en el país mediante una sucursal domiciliada en Colombia, e

incurran en la conducta de soborno transnacional por conducto de dicha sucursal.

También es importante tener en cuenta que, según lo previsto en el inciso cuarto del artículo 2 de la Ley 1778, la responsabilidad administrativa por soborno transnacional en que incurra una sociedad subordinada (subsidiaria o filial) se extiende a su respectiva matriz, siempre que dicha conducta haya sido cometida por la subordinada «con el consentimiento o tolerancia de la matriz».

En este punto, para la debida comprensión de lo que se viene explicando, vale la pena recordar lo señalado por la Sala en los citados conceptos 2260 y 2264 de 2015, sobre las nociones jurídicas de «sucursal», «sociedad extranjera», «sociedad subordinada», «subsidiaria» y «filial», a la luz de nuestra legislación mercantil:

[.] en Colombia las sucursales están definidas en el Código de Comercio como “establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad” (artículo 263). Los establecimientos de comercio en su condición de bienes mercantiles, constituyen “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa” (artículo 515).

Por su parte, las personas jurídicas de naturaleza societaria, cuya constitución no es nacional, encuentran definición en el Código de Comercio, cuando se prescribe que “son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior” (artículo 469), las cuales, para efectos de

³² Traducción libre del original en inglés.

“emprender negocios permanentes en Colombia” habrán de establecer “una sucursal con domicilio en el territorio nacional” (artículo 471).

Así, de acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, la sucursal de sociedad extranjera es solo una prolongación de la matriz, carente de personería jurídica, no es bajo ninguna circunstancia un ente autónomo, pues la sucursal es el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera sujeta a las reglas de una sociedad colombiana³³.

Por el contrario, hay ocasiones en las cuales se estructuran conglomerados empresariales con base en sociedades que, en tal condición, cuentan con personería jurídica autónoma e independiente. En un sinnúmero de ocasiones, las sociedades aportan bienes al capital de otras y se hacen titulares de las acciones o de las partes o cuotas de interés correspondientes, cuestión que puede implicar, en función del porcentaje de participación, que sometan el poder de decisión de tales sociedades receptoras de su inversión a su voluntad.

Al respecto, las sociedades integrantes del conglomerado asumen posiciones diferentes, que dan lugar a diversas denominaciones, de acuerdo con la normatividad mercantil nacional, en el siguiente sentido: (i) la sociedad matriz o controlante es aquella que somete a su voluntad el poder de decisión de otras sociedades, las cuales reciben el nombre de (ii) subordinadas o controladas; las sociedades subordinadas se presentan bajo dos denominaciones en atención a la influencia directa o indirecta que reciben de la matriz o controlante: serán (iii) filiales si están sometidas directamente a la sociedad matriz, y (iv) subsidiarias si lo están indirectamente, por medio de otras subordinadas de la matriz.

Una vez definidas las calificaciones legales de las sociedades en relación con su participación en los eventuales conglomerados, se establecen las presunciones de subordinación para aquellas situaciones en las cuales las personas jurídicas o naturales controlantes, directa o indirectamente, tengan la titularidad de la mayoría del capital de una sociedad; o cuenten con las mayorías necesarias para decidir en los órganos de administración de la sociedad controlada; o cuando en virtud de un negocio ejerzan influencia dominante sobre la sociedad subordinada (artículo 27 de la Ley 222 de 1995)».

Asimismo, es pertinente señalar que la Sala, en el reciente concepto 2420 de 2019³⁴, analizó a profundidad la figura de la subordinación o el control empresarial y las causales que la originan, conforme a lo dispuesto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, respectivamente. En dicho documento, la Sala concluyó que «[l]os casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio no son taxativos, sino meramente enunciativos».

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, como las personas jurídicas o morales no tienen una existencia real o física, sino ficta, intelectual o jurídica, y no tienen «cuerpo» ni voluntad propios, sino que solo pueden actuar por intermedio de las personas naturales o individuos que conforman sus órganos de administración y dirección, así como de sus empleados y contratistas, el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016 dispone que incurren en esta responsabilidad las personas jurídicas que realicen la conducta tipificada allí, «por medio de uno o varios (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada».

³³ «[145] Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-001 093 del 2 de Enero de 2011; Circular Externa 030 del 26 de noviembre de 1997».

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2420 del 24 de septiembre de 2019.

El párrafo tercero de la misma norma aclara que lo dispuesto allí «no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica».

Y el mismo artículo señala que este ilícito (soborno transnacional) puede ser cometido por las personas jurídicas «directa o indirectamente».

De estos tres elementos, puede colegirse que la responsabilidad administrativa por soborno transnacional puede presentarse en los siguientes eventos: a) cuando cualquiera de las personas jurídicas señaladas en el numeral anterior (y su respectiva matriz, según el caso) incurran en esta conducta de forma directa, es decir, actuando por intermedio de cualquiera de sus empleados, contratistas, administradores o asociados controlantes, propios o de cualquier persona jurídica subordinada (filial o subsidiaria), o bien de manera indirecta, cuando comentan la falta por conducto de cualquier otra persona natural o jurídica (intermediario o testaferro). Esta otra persona podría ser, incluso, un socio no controlante, quien se tendría, para estos efectos, como un tercero.

Para el cual adecuado entendimiento de estas reglas, es necesario recordar que socio o asociado controlante es aquel que ejerce control o subordinación sobre una persona jurídica; y que, según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, «son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones».

Asimismo, resulta oportuno precisar que el administrador de una persona jurídica puede ser, a su vez, otra persona jurídica, caso en el cual la responsabilidad por el manejo de la sociedad recae en esta última y en su representante legal (persona natural), como lo dispone el inciso 5° del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222:

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Por otra parte, debe indicarse que el parágrafo 1° del artículo 2 de la Ley 1778 define lo que debe entenderse por “servidor público extranjero», a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales antes reseñados y, especialmente, en la Convención Anti-soborno de la OCDE, así como de lo previsto en el parágrafo del artículo 433 del Código Penal. Vale la pena resaltar que este concepto no incluye solamente a las personas que ejerzan funciones públicas a nombre de un Estado extranjero, sus subdivisiones políticas, dependencias, organismos y entidades, sino también a «cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional».

En relación con la competencia para investigar a las personas jurídicas que puedan incurrir en estas conductas, bajo cualquiera de las modalidades mencionadas, establecer su responsabilidad administrativa y aplicar las correspondientes sanciones, el artículo 3 de la Ley 1778 de 2016 preceptúa que tales atribuciones recaen en la Superintendencia de Sociedades.

Esta competencia es exclusiva, pues ni dicha ley, ni otra, atribuyen funciones a autoridades diferentes, en esta materia. Por lo tanto, la Superintendencia de Sociedades puede ejercer esta atribución, incluso, sobre sociedades y otras

personas jurídicas que no estén sometidas a su vigilancia permanente, que estén vigiladas permanentemente por otras superintendencias (como sucede con las entidades financieras, las empresas de servicios públicos domiciliarios, las cooperativas o las instituciones que prestan servicios de salud, entre otros casos), o que no estén vigiladas de manera permanente por ninguna autoridad.

Así se ratifica con lo previsto en los dos incisos finales del artículo 5 (sanciones) de la Ley 1778, que disponen:

La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que

llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o vigila, con el fin de que lo publique en su página web. (...). (Resaltamos).

Vale la pena aclarar que, aun cuando en el proyecto de ley inicial, presentado por el Gobierno Nacional, se asignaba competencia, tanto a la Superintendencia de Sociedades como a la Superintendencia Financiera (en este último caso, con respecto a sus entidades vigiladas), y así se mantuvo en el proyecto durante su tránsito por la Cámara de Representantes, en la ponencia para tercer debate (primero en el Senado de la República)³⁵ se propuso modificar esta norma (artículo 3° del proyecto) para otorgar la competencia exclusivamente a la Superintendencia de Sociedades, con el siguiente argumento:

Artículo 3

Se aclara que la competencia [es] en el marco de funciones administrativas y no judiciales. También se prevé la eliminación de la competencia de la Superintendencia Financiera, en la medida en que una de las recomendaciones de

la OCDE es que exista una autoridad especializada, con un único criterio

sancionatorio, en materia de soborno transnacional. (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Con respecto al ámbito o jurisdicción territorial en el que la Superintendencia de Sociedades puede desplegar sus potestades investigativas y sancionatorias, es importante señalar que, conforme al inciso segundo del artículo 3 de la Ley 1778 de 2016, dicha entidad «tendrá competencia sobre las conductas cometidas en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera presuntamente responsable esté domiciliada en Colombia».

Esta norma pretende aclarar que, incluso las conductas de soborno transnacional cometidas en el exterior por personas jurídicas colombianas o sociedades extranjeras, por intermedio de sus sucursales en el país, pueden ser investigadas y sancionadas por la Superintendencia de Sociedades.

Desde luego que, aunque la ley no lo menciona en forma explícita, es claro que dicha Superintendencia también puede investigar y sancionar los actos de

³⁵ Gaceta del Congreso n.º 802 del 8 de octubre de 2015, p. 3.

soborno transnacional que lleguen a ser cometidos por estas mismas entidades en el territorio nacional o en sus extensiones, previstos en el artículo 101 de la Constitución Política y en el Derecho Internacional Público, conforme al principio de territorialidad³⁶, que impone a todas las personas (naturales o jurídicas) en Colombia someterse a la ley nacional y respetar y obedecer a las autoridades colombianas.

De hecho, en los citados conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala había previsto ya esta posibilidad, refiriéndose al delito de soborno transnacional:

Como se observa, este delito puede ser cometido dentro o fuera del país, pero resulta indispensable para su tipificación que el funcionario a quien se dé u ofrezca

un beneficio o utilidad sea un “servidor público extranjero”, tal como aparece

definido dicho concepto en el párrafo de la misma norma, en armonía con el artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en el artículo 1º de la Convención de la OCDE sobre Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros. Por lo tanto, no podría incurrir en dicho delito, sino en otros (como el cohecho por dar u ofrecer, previsto en el artículo 407 del Código Penal), el colombiano que dé u ofrezca alguna prebenda a un servidor público nacional, con la finalidad de que cumpla cualquiera de sus funciones o se abstenga de hacerlo. Tampoco podría incurrir en este delito el extranjero que soborne o intente sobornar a un servidor público de su propio país, pues en dicho caso estaría incurrido en alguno de los delitos que consagre la legislación penal de ese Estado, y debería ser investigado y juzgado por su propia jurisdicción. (Subraya del original; negrillas añadidas).

Ahora bien, en punto a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Sociedades a las personas jurídicas que sean encontradas responsables por incurrir en soborno transnacional, el

artículo 5 de la Ley 1778 de 2016 establece:

ARTÍCULO 5°. Sanciones. La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el artículo 2° de esta ley. La imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada, de acuerdo con los criterios de graduación previstos en el artículo 7° de la presente ley:

Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años.

La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 80 de 1993.

Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

³⁶ Artículos 2, 4, 95 y 100 de la Constitución Política, y 18 del Código Civil.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada.

La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso [...]

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o vigila, con el fin de que lo publique en su página web. [.]

Como se observa, una de las «sanciones» que la Superintendencia de Sociedades puede imponer, en estos casos, es la inhabilitación de la persona jurídica responsable para contratar con el Estado, por un término de «hasta» veinte años.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta misma inhabilidad está prevista en otra norma legal: el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, que fue modificado, de nuevo, por el artículo 31 de la misma Ley 1778. En dicha disposición, la citada inhabilidad no está regulada como una «sanción» que la Superintendencia de Sociedades pueda imponer o abstenerse de hacerlo, o que dependa de algún criterio de proporcionalidad (como el previsto en el artículo 7 ibidem³⁷), sino como una consecuencia

jurídica del hecho de que una persona natural sea declarada judicialmente responsable por ciertos delitos (entre ellos, el soborno transnacional), o de que una persona jurídica sea declarada administrativamente responsable por la misma conducta.

Más adelante, cuando nos refiramos a dicha causal de inhabilidad, analizaremos las consecuencias de esta aparente contradicción o ambivalencia en el tratamiento jurídico de esta situación.

³⁷ El artículo 7 de la Ley 1778 de 2016 prescribe:

«ARTÍCULO 7°. Criterios de graduación de las sanciones. Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:

El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor con la conducta.

La mayor o menor capacidad patrimonial del infractor.

La reiteración de conductas.

La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado.

La utilización de medios o de persona interpuesta para ocultar la infracción, los beneficios obtenidos o el dinero, bienes o servicios susceptibles de valoración económica, o cualquier beneficio o utilidad, ofrecido o entregado a un funcionario público nacional o extranjero, o cualquiera de los efectos de la infracción.

El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley.

El grado de cumplimiento de las medidas cautelares.

Haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción.

Haber puesto en conocimiento de las autoridades mencionadas en la presente ley la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 2o por parte de empleados, representante legal o accionistas, conforme a lo previsto en el artículo 19 de esta ley.

Parágrafo. El criterio de graduación previsto en el numeral 6 no podrá ser aplicado cuando se esté en presencia de reiteración de conductas».

Finalmente, en lo que concierne al procedimiento que debe seguirse para aplicar estas sanciones administrativas, es necesario señalar que aquel está contenido, de manera especial, en la misma Ley 1778 de 2016 (particularmente, en los Capítulos III y IV) y, en lo no previsto en ella, en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), tal como lo ordena el artículo 8 de la Ley 1778:

ARTÍCULO 8°. Normas aplicables. Las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Sociedades tendientes a determinar la responsabilidad de las personas

jurídicas por la conducta prevista en el artículo 2° de esta ley se regirán por las disposiciones especiales del presente capítulo. En lo no previsto por la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de

2011 o las normas que la modifiquen. (Subrayamos).

Es importante precisar que, por tratarse indiscutiblemente de una actuación administrativa de carácter sancionatorio, la remisión a las normas de la parte primera del CPACA, que el artículo transcrito ordena, debe entenderse hecha, en primer lugar, a las disposiciones del Capítulo III (Procedimiento administrativo sancionatorio) del Título III³⁸ y, en segundo lugar, a los preceptos contenidos en los Capítulos I y II del mismo título, que regulan el «procedimiento administrativo general», así como a las restantes normas de la Parte Primera del CPACA.

Otras disposiciones de la Ley 1778 de 2016 para luchar contra el soborno transnacional y la corrupción

La segunda parte de la Ley 1778 (capítulos V a VII) contiene varias disposiciones que modifican el Código Penal, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, con el fin de dotar de mayor eficacia a ciertas medidas implementadas previamente por el Legislador para prevenir y combatir el soborno transnacional, otras formas de delincuencia organizada internacional y la corrupción pública y privada.

De dichas disposiciones, merece la pena destacar:

El artículo 30, que modifica, de nuevo, el artículo 433 del Código Penal (delito de soborno transnacional);

el artículo 31, que reforma, otra vez, el literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (inhabilidad para contratar con el Estado, por la comisión de ciertos delitos y faltas);

el artículo 32, que enmienda el artículo 7 de la Ley 1474 de 2011, sobre la responsabilidad de los revisores fiscales;

el artículo 33, que varía el literal k) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (inhabilidad para contratar por la financiación de campañas políticas);

el artículo 34, que adiciona el artículo 72 de la Ley 1474, sobre las funciones del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, y

³⁸ El artículo 47 del CPACA establece, en su primer inciso:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

(-)”

el artículo 35, que modifica el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, referente a las medidas judiciales y administrativas que pueden tomar los jueces penales y la Superintendencia de Sociedades contra las personas jurídicas que se beneficien con la comisión de ciertos delitos.

Por constituir el objeto principal de esta consulta, junto con la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional, la Sala analizará detenidamente, en los dos acápite siguientes, las modificaciones dispuestas por la Ley 1778 en materia de: (i) la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80, y (ii) las medidas que los jueces penales y la Superintendencia de Sociedades pueden adoptar contra las personas jurídicas que se beneficien con ciertos delitos, conforme al artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.



La inhabilidad para contratar prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993

Antecedentes normativos y ámbito de aplicación de esta causal de inhabilidad. Su interrelación con otras inhabilidades para contratar

La Sala de Consulta, en los multicitados conceptos 2260 y 2264 de 2015, hizo un análisis cuidadoso y detallado de esta causal de inhabilidad, desde su incorporación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, mediante la Ley 1150 de 2007 (artículo 18), hasta su modificación por la Ley 1474 de 2011.

En esa medida, es pertinente transcribir lo explicado allí sobre este asunto, con el fin de partir de dicho punto para analizar los cambios efectuados por la Ley 1778 de 2016:

Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1°), y finalmente fue declarada inexecutable, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato todas las modalidades de soborno transnacional, así como sus	Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública en pena de privativa de libertad o afecten el patrimonio del Estado	Declaró inexecutable las siguientes expresiones de la norma citada: “o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, o promoción o	Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad

<p>equivalentes en quienes hayan financiación de otras sido grupos ilegales, condenados por delitos de lesa humanidad, delitos relacionados con el narcotráfico en la Colombia o en sociedades de pertenencia, el que sean socias promoción o exterior”, por tales personas, financiación de consideración con excepción grupos ilegales, que de las delitos de lesa aplicación del sociedades humanidad, límite temporal anónimas narcotráfico en de veinte (20) años que señala el exterior, o el tercer inciso soborno del mismo transnacional, literal, a la con inhabilidad excepción de derivada de delitos tales delitos, culposos. iba en contra de Esta lo dispuesto al inhabilidad se respecto en el extenderá a las artículo 4° del sociedades en Acto las que Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución</p>	<p>se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.</p>
---	--

sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”. (Se resalta).

Política, el cual consagró una inhabilidad para

contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados

(.)

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012³⁹, declaró inexecutable la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad

derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4° del Acto Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo N° 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo N° 1 de 2009.

Acto Legislativo n.º 1 de 2004

“Artículo 1°. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política

quedará así:

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. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (Se resalta).

o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio

Acto Legislativo n.º 1 de 2009

“Artículo 4°. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

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,

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, (sic) 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”.

Como puede inferirse, fue con base [en] la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas

³⁹ «[161] Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942».

judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de veinte años. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como «de lesa humanidad» y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales en forma permanente. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilidad mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8°, numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado en forma permanente, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8 de la Ley 80.

(...).» (Subrayas en el original).

En el mismo concepto, la Sala concluyó que la causal de inhabilidad prevista en el literal j) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 se puede presentar, no solamente cuando la condena por algún delito contra la Administración Pública, cuya pena sea privativa de la libertad, o por soborno transnacional, haya sido impuesta por un juez nacional, sino también cuando una condena ejecutoriada por tales delitos, o sus equivalentes en otros países, haya sido impuesta por un juez extranjero.

Dado que esta inhabilidad no se extiende a las «sociedades anónimas abiertas», tal como lo establece la disposición que contiene la causal, vale la pena transcribir lo explicado en el concepto 2260 de 2015 sobre esta figura, lo que continúa vigente:

Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional” en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, y bajo el título de “inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas” define que: “las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario” (artículo 32).

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: “Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas” (parágrafo 2 del artículo 8 de la Ley

80 de 1993)⁴⁰. Así, el concepto de sociedad anónima abierta tiene alcance específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En los citados conceptos también se hizo otra aclaración importante: que esta causal de inhabilidad es distinta e independiente de las previstas en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual:

[.]

6°. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual,

aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica

quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales

por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A

igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual. (Se destaca).

Con respecto a las causales de inhabilidad previstas en dicha norma, la Sala explicó, en los referidos documentos:

Como se observa, el numeral 6° contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en

procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual. (Subraya la Sala, en esta ocasión)

En los mismos conceptos, la Sala aclaró que estas inhabilidades - particularmente, las dos primeras - pueden presentarse también cuando la medida de aseguramiento o la condena sean dictadas por jueces extranjeros, «siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman)».

⁴⁰ “[128] Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994, “Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos accionistas. 2. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores” “.

Y sobre la interrelación y eventual confluencia que pueden existir entre las citadas causales de inhabilidad, la prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), del Estatuto de Contratación Estatal, y la dispuesta en el artículo 122 de la Carta Política, la Sala manifestó:

No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8°, numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas.

Modificaciones incorporadas a esta inhabilidad por la Ley 1778 de 2016

Para estudiar los cambios efectuados por la Ley 1778 de 2016 (artículo 31), a la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80, es necesario comparar el texto de dicha disposición, antes y después de la nueva ley (se subrayan los cambios):

Texto modificado por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Texto modificado por la Ley 1778 de 2016 (artículo 31)
Artículo 1°. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. 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 cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el	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

sidio condenados poi delitos i elaoioi lados conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior⁴¹, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

⁴¹ Segmento declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

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.

Como puede deducirse, los principales cambios introducidos por el artículo 31 de la Ley 1778 a la causal de inhabilidad que nos ocupa, son los siguientes:

Antes, la causal solamente cobijaba a las personas naturales que fueran condenadas judicialmente por delitos contra la Administración Pública, cuya pena fuera privativa de la libertad, o por soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos.

Ahora, la inhabilidad comprende a las personas físicas que sean declaradas judicialmente responsables por la comisión de tales delitos (aunque no impliquen pena privativa de la libertad), o cualquiera de los delitos o faltas previstos en la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias, o en las

convenciones internacionales de lucha contra la corrupción suscritas y

ratificadas por Colombia. Es pertinente aclarar que el soborno transnacional está tipificado como uno de los delitos que pueden cometerse contra la Administración Pública (Título XV del Código Penal), y está previsto, además, en los tratados suscritos por Colombia en materia de lucha contra la corrupción y en la Ley 1474 de 2011.

Igualmente, la Ley 1778 de 2016 incluyó a las personas jurídicas que sean declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno

transnacional.

Aunque el texto anterior no lo decía expresamente, debe entenderse, conforme a las normas constitucionales y legales que regulan el debido proceso, el derecho a la defensa y los efectos de las providencias judiciales, que esta inhabilidad solo empezaba a regir después de ejecutoriada la respectiva sentencia judicial condenatoria.

Ahora, el inciso segundo de la norma dispone que esta inhabilidad procede preventivamente, «aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria». Esto significa que, de forma similar a como opera una medida cautelar, dicha inhabilidad empieza a generar efectos inmediatamente después de dictarse y notificarse la sentencia judicial con la cual se condene a una persona natural por alguno de los delitos señalados en la disposición que se analiza, aunque tal providencia no se

encuentre todavía en firme, por haber sido objeto de algún recurso o de cualquier otro mecanismo de impugnación o revisión (como el grado de consulta), que todavía no se haya resuelto.

Destaca la Sala que esta parte del precepto alude exclusivamente a la «impugnación de la sentencia condenatoria», y no a la impugnación del acto administrativo sancionatorio, o de la decisión con la cual se imponga la sanción, en general, por lo que es claro que se refiere solamente a las sentencias dictadas por los jueces, mediante las cuales se condene penalmente a una persona natural por alguno de los delitos referidos en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, y no a las resoluciones u otros actos administrativos por medio de los cuales se declare a una persona jurídica responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Como se explicó en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, y lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, el carácter evidentemente exceptivo de las inhabilidades, frente a la regla general de la capacidad jurídica para contratar, hace que las disposiciones que regulan tales limitaciones deban interpretarse de forma estricta, y que esté prohibida cualquier aplicación analógica o extensiva de aquellas.

Además de lo anterior, debe recordarse que, en el campo procesal, la regla general es que las providencias judiciales y los actos administrativos solo producen efectos jurídicos después de su ejecutoria, es decir, al encontrarse en firme. La excepción a dicha regla, prevista en algunas normas especiales, es que las decisiones judiciales o los actos administrativos generen efectos desde antes de su ejecutoria, ya sea desde que se notifican o, incluso, desde que se expiden.

En efecto, vale la pena recordar lo que disponen, en lo pertinente, los artículos 87 y 89 del CPACA:

Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio

administrativo positivo.

[.]

Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su

ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. [.] (Subrayas añadidas).

Como se aprecia, en este caso no existe solo una, sino dos razones, para interpretar de forma estricta y restrictiva la expresión «impugnación de la sentencia condenatoria», contenida en el inciso segundo del literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80, en su versión actual: (i) el carácter exceptivo de las inhabilidades frente a la regla general de la capacidad jurídica de las personas (naturales y jurídicas) para contratar, y (ii) el carácter excepcional que tiene aquella expresión frente a la regla general de que las sentencias judiciales y los actos administrativos solo producen efectos a partir de su ejecutoria.

En consecuencia, ninguna norma o principio jurídico habilita la interpretación extensiva de dicha expresión, ni su aplicación analógica, para concluir que se refiera o pueda aplicarse también a la impugnación de los actos administrativos sancionatorios que la Superintendencia de Sociedades dicte contra una persona jurídica, al hallarla responsable por incurrir en soborno transnacional.

A este respecto, vale la pena evocar también que existe una diferencia sustancial entre las sanciones (penales y no penales) que imponen los jueces, en ejercicio de la función jurisdiccional, y las sanciones que pueden aplicar las autoridades de la Rama Ejecutiva, en ejercicio de la función administrativa, por muy graves que sean las conductas y las sanciones que puedan imponer estas últimas.

En efecto, para no citar sino una diferencia relevante, la aplicación de sanciones por parte de los jueces, sobre todo en el campo criminal, debe estar precedida necesariamente de la plenitud de principios, garantías, procedimientos y derechos constitucionales y legales de los acusados o imputados, empezando por aquel que consiste en que la decisión es adoptada por un funcionario o tribunal de la Rama Judicial, que se presume completamente independiente, imparcial y neutral frente a las partes en conflicto o, en el caso de los procesos penales, frente al acusador (Fiscalía General de la Nación o «acusador privado», según el caso), la defensa y las víctimas.

Con respecto a las sanciones que imponen las autoridades administrativas, si bien debe respetarse y garantizarse, igualmente, el debido proceso y el derecho de defensa, de acuerdo con los procedimientos regulados por la ley, aquellos principios no se aplican con la misma intensidad y plenitud, teniendo en cuenta, entre otras consideraciones, que la autoridad que investiga y aplica la sanción no tiene el mismo grado de imparcialidad, independencia y neutralidad que un juez, pues generalmente forma parte de la misma entidad, organismo o rama del poder público que se considera ofendida o perjudicada con la conducta y que lleva a cabo la investigación.

Esta es la razón por la cual las sanciones impuestas por las autoridades administrativas, incluso cuando han sido revisadas y confirmadas en segunda instancia, son controlables por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante los medios de control, los procedimientos y las instancias previstos en el CPACA.

Estas diferencias entre la potestad sancionatoria de la Jurisdicción y la potestad sancionadora de la Administración Pública ayudan a comprender por qué el Legislador, al regular de nuevo la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80, consideró pertinente establecer que dicha causal se aplicara preventivamente, con la sentencia judicial condenatoria de primera instancia que se dicte contra el reo (persona natural), aunque tal providencia haya sido impugnada y esté pendiente la decisión sobre el correspondiente recurso o instancia; pero no dispuso lo mismo para los actos administrativos sancionatorios dictados por la Superintendencia de Sociedades contra personas jurídicas responsables de cometer la conducta de soborno transnacional.

En esa medida, la Sala no encuentra en dicha diferencia de trato jurídico ninguna contradicción o antinomia, como se sugiere en la consulta, sino el reconocimiento lógico de las diferencias que existen entre la función administrativa (sancionatoria) y la función judicial (penal), como se ha explicado.

Esto lo confirma la misma Ley 1778, en su artículo 5, al establecer las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Sociedades. En efecto, el numeral 2° de esta norma, que se refiere, en particular a la «sanción» de inhabilidad, estatuye que «[I]a inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada» (se destaca).

Y lo ratifica el párrafo de la misma norma, refiriéndose, en general, a todas las sanciones previstas en dicho artículo, cuando dispone: «Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada» (se resalta).

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el artículo 17 eiusdem («Vía administrativa»), según el cual «[c]ontra la resolución que determine la existencia de la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones a esta ley sólo procede al recurso de reposición».

Las normas citadas de la Ley 1778, en armonía con las disposiciones generales del procedimiento administrativo, contenidas en la Ley 1437 de 2011, permiten inferir, con certeza, que las decisiones que en este campo adopte la Superintendencia de Sociedades solamente producen efectos a partir de la firmeza o ejecutoria del respectivo acto administrativo.

Por lo tanto, en el caso de las personas jurídicas que sean declaradas responsables administrativamente, por incurrir o participar en la conducta de soborno transnacional, la respectiva inhabilidad solo empieza a regir cuando se encuentre en firme el acto administrativo que contenga aquella declaratoria y la respectiva sanción, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas que sean declaradas judicialmente responsables por el delito de soborno transnacional, o cualquier otro de los señalados en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, en cuyo caso la inhabilidad empieza a regir desde la notificación de la sentencia de primera instancia.

En tercer lugar, es necesario registrar que el citado literal j), en su versión anterior, establecía que esta inhabilidad para contratar se extendía a las «sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus

subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas», mientras que la norma actual extiende la inhabilidad 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 la misma excepción prevista antes para las sociedades anónimas abiertas.

La simple comparación de los dos textos permite apreciar que la Ley 1778 de 2016 amplió la extensión de esta inhabilidad para contratar con el Estado a un grupo de sociedades más amplio que el previsto en la versión anterior, al incluir:

Las sociedades de las que la persona natural o jurídica encontrada judicial o administrativamente responsable, según el caso, sea administrador. Ya se indicó que, conforme al artículo 22 de la Ley 222 de 1995, los administradores de una sociedad son «el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones» (se destaca), por lo que la referencia que el artículo 31 de la Ley 1778 hace, en esta parte, a los «representantes legales» y «miembros de junta directiva» resulta redundante o tautológica.

Las sociedades en las que la persona física o moral declarada judicial o administrativamente responsable, según el caso, sea socio controlante. En este punto, es importante resaltar que la Ley 1778 de 2016 fue más restrictiva que sus predecesoras (Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011), pues mientras que estas aludían a la calidad de socio, en general, aquella prefirió referirse a «socio controlante», lo que tiene un significado preciso y más restringido en el derecho mercantil societario, como se encuentra normado en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, y se explicó en el concepto 2420 de 2019, antes citado.

Las sociedades matrices y subordinadas (incluyendo filiales y subsidiarias) de aquellas mencionadas en los dos puntos anteriores. Vale la pena aclarar que, a juicio de la Sala, esta parte de la norma no se refiere a la matriz de la propia persona jurídica que haya sido declarada administrativamente responsable por soborno transnacional, ni a las subordinadas de la persona natural o jurídica declarada responsable, pues:

(i) En relación con las matrices, el artículo 2, inciso 3°, de la Ley 1778 de 2016 establece un tratamiento especial, al disponer que «[l]as entidades que tengan la calidad de matrices serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz» (se destaca).

Como una de las consecuencias que tiene esta declaratoria de responsabilidad administrativa, por parte de la Superintendencia de Sociedades, consiste en que la persona jurídica sobre la cual recaiga queda inhabilitada para contratar con el Estado por 20 años, no parece lógico ni coherente sostener que ese mismo efecto (la inhabilidad) se extienda automática e indiscriminadamente a cualquier matriz de una persona moral sancionada por soborno transnacional, independientemente de la participación o intervención que la referida sociedad controlante haya tenido o dejado de tener en la conducta ilícita de su subordinada, pues el

Legislador quiso reservar esta consecuencia a las matrices que actuaran de manera cómplice o tolerante con alguna de sus subordinadas.

(ii) Y con respecto a las sociedades subordinadas de la persona natural o jurídica declarada responsable, la Sala observa que estas compañías ya están incluidas en otra

parte del literal j) que se comenta, cuando dice que la inhabilidad se extiende a las sociedades de las que la persona natural o jurídica declarada responsable sea socio controlante, pues esto significa que las citadas sociedades son subordinadas de aquella persona, ya sea de manera directa, como ocurre con las filiales, o de forma indirecta, como sucede con las subsidiarias (artículo 260 del Código de Comercio).

- Las sucursales de sociedades extranjeras. Dado que las sucursales de compañías extranjeras y las sucursales, en general, no son sociedades ni otro tipo de persona jurídica, sino establecimientos de comercio, es necesario señalar que dichas sucursales no tienen socios, y tampoco tienen matrices ni subordinadas. Por lo tanto, la Sala entiende que la extensión que la norma que se comenta ordena, en este caso, a las «sucursales de sociedades extranjeras» hace relación a las personas naturales o jurídicas que actúen como administrador de la respectiva sucursal, ya sea en calidad de mandatario y, por lo tanto, representante de la sociedad extranjera en Colombia, o en otra condición (según los respectivos estatutos sociales).

En esa medida, si un juez llegare a declarar responsable del delito de soborno transnacional, o de otro de los ilícitos previstos en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, a un persona natural, o la Superintendencia de Sociedades llegare a declarar administrativamente responsable a una persona moral, que sea, a su vez, administradora de una sucursal de sociedad extranjera, dicha sucursal quedaría inhabilitada, «por extensión», para contratar con el Estado colombiano.

Naturaleza jurídica y finalidad de las inhabilidades para contratar con el

Estado. Carácter de la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j) de la Ley 80 de 1993, conforme a la Ley 1778 de 2016

Ahora bien, para dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, es necesario recordar lo que la propia Sala ha dicho, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sobre la naturaleza jurídica de las inhabilidades para contratar con el Estado y los fines que persiguen.

Al respecto, la Sala explicó lo siguiente, en los citados conceptos 2260 y 2264 de 2015:

[.] las inhabilidades e incompatibilidades comprenden “restricciones a la autonomía

o libertad de contratación, concretamente al poder de disposición, legitimación para actuar u obrar”. Las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad, puesto que continúan siendo capaces, solo que, en atención a “su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos

mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar”⁴².

⁴² «[91] W. NAMÉN, “Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de **inhabilidades e incompatibilidades**”, en **Misión de Contratación: Hacia una**

La Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó en una ocasión anterior que “La

inhabilidad es la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1504 del Código Civil”⁴³, no obstante, ahora hace énfasis en que la perspectiva que se debe privilegiar, bajo la preponderancia del interés general sobre el particular, no ha de tener como centro de justificación conceptual al sujeto que la soporta, sino a la condición imperativa de las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades para proteger al conglomerado social, mediante la limitación o restricción de la libertad contractual de algunos sujetos de derecho, en algunas circunstancias específicas.

En tal sentido, la Sala reivindica en este concepto un desplazamiento del núcleo de la materia, del protagonismo del sujeto al del Estado, y lo explicita al dar mayor peso a la noción de restricción de la autonomía con base en normas de orden público, que a la de incapacidad particular.

[...]

[...] la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista

que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la

calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

[.]

En segundo lugar, es claro que la inhabilidad no constituye una sanción, puesto que “se produce como consecuencia de la ocurrencia del hecho, o de hallarse en la circunstancia que describa el ordenamiento jurídico, y respecto del sujeto o sujetos que indique la norma que determina la inhabilidad”^{43 44}. [...] (Se destaca).

Como se explicó en dicha ocasión, aunque las inhabilidades constituyen limitaciones o restricciones a la capacidad general para contratar con el Estado, no han sido establecidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como una pena o sanción, en sentido estricto, para las personas naturales o jurídicas afectadas, con el fin de castigarlas por un comportamiento ilegal o incorrecto, sino que han sido previstas como instrumentos jurídicos de naturaleza preventiva, que buscan hacer efectivos y garantizar

los principios de transparencia, moralidad, imparcialidad, economía y buena fe, entre otros, en la actividad contractual de la Administración Pública, así como la protección de los recursos públicos involucrados en los contratos estatales.

Esta precisión resulta particularmente importante en el caso que nos ocupa, ya que, como se advirtió previamente, la Ley 1778 de 2016 le otorga un doble

política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 495».

⁴³ «[92] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346».

⁴⁴ «[115] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, exp. n.º 1346. Por su parte la Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715 indica que: 'Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de

servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc., sin que pueda preconizarse que atienden a una exclusiva naturaleza sancionatoria'». (Se resalta).

tratamiento jurídico a la inhabilidad regulada en el artículo 8, numeral 1º, literal j), de la Ley 80:

En el artículo 5, numeral 2º, de aquella ley, se establece como una de las «sanciones» que la Superintendencia de Sociedades «impondrá» a las personas jurídicas que dicha entidad encuentre responsables por haber cometido o participado en conductas de soborno transnacional, dentro del régimen de responsabilidad administrativa que esta normativa contiene.

Pero, al mismo tiempo, el artículo 31 de la Ley 1778, al modificar, de nuevo, el literal j) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la regula como está prevista en el Estatuto General de Contratación, es decir, como una simple causal de inhabilidad.

Este doble tratamiento que la ley establece, en relación con la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional, no resulta necesariamente compatible, pues dado que: (i) el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016 no prevé esta «sanción» como la única que puede imponerse a las personas jurídicas que incurran en soborno transnacional, sino que establece también otras tres penas administrativas⁴⁵, y (ii) la aplicación de cualesquiera de dichas sanciones debe hacerse de acuerdo con el principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 1 de la misma ley⁴⁶, con sujeción a los criterios de graduación punitiva previstos en el artículo 7 ibidem (como lo ordena el artículo 5 citado), podría ocurrir que la Superintendencia de Sociedades, al considerar esta inhabilidad como una «sanción», exclusivamente, llegare a estimar que no hay méritos para aplicarla en un determinado caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del mismo, o, incluso, que debe graduarse la duración de la inhabilidad, para que no sea por veinte años (plazo máximo), sino, verbigracia, por diez⁴⁷.

Adicionalmente, no puede soslayarse que el artículo 19 de la Ley 1778 de 2016 permite a la Superintendencia de Sociedades conceder «beneficios a participantes» en estas conductas, que pueden incluir la «exoneración total o parcial de la sanción» (numeral 1º). En esa

medida, podría suceder que la Superintendencia considerare pertinente exonerar de la «sanción» de inhabilitación, total o parcialmente, a una persona jurídica que haya incurrido en la conducta de soborno transnacional, por haber colaborado eficazmente en la investigación que se le iniciare, reduciéndole, por ejemplo, el plazo de la inhabilitación.

⁴⁵ (i) Multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; (ii) publicación de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria, en medios de amplia circulación y en la página de internet de la entidad sancionada, por un tiempo máximo de un año, y (iii) prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio del Gobierno, por un plazo de 5 años.

⁴⁶ El artículo 1 de la Ley 1778 de 2016 prescribe:

«ARTÍCULO 1°. Principios de la actuación administrativa. La Superintendencia de Sociedades deberá interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos previstos en esta ley a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la primera parte de la Ley 1437 de 2011 y en especial de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción, seguridad jurídica, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad». (Negrillas del original; se subraya, para destacar).

⁴⁷ De manera análoga a como dicha superintendencia podría graduar el monto de las multas a imponer.

Estas interpretaciones, que podrían resultar, en principio, aceptables, bajo el carácter de «sanción» que el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016 le otorga expresamente a esta inhabilitación, resultarían, sin embargo, contrarias a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, particularmente en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80, tal como fue reformado por el artículo 31 de la Ley 1778, que considera inhábil para contratar con el Estado, por un periodo de 20 años, a cualquier persona moral que sea declarada «responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional».

En efecto, esta última norma significa, sin ambages, que cualquier persona jurídica que sea declarada responsable de incurrir en esta conducta, por parte de la Superintendencia de Sociedades, mediante un acto administrativo en firme, queda automáticamente inhabilitada para contratar con cualquier entidad del Estado (de cualquier tipo y nivel), por un término de veinte años, independientemente de la sanción o sanciones que le imponga la misma superintendencia en el respectivo acto administrativo. Es decir, que el supuesto fáctico que genera esta inhabilitación no es una determinada sanción que la Superintendencia de Sociedades aplique, sino el hecho de que este organismo de vigilancia declare a una persona jurídica administrativamente responsable por incurrir o participar en soborno transnacional.

En este punto, vale la pena recordar que, según el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, «las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

Sobre dicha norma, la Sala comentó lo siguiente, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015:

Así, la Sala observa que esta norma resulta aplicable a todas las entidades estatales, en tanto que no haya una disposición especial que para un caso específico la desestime. Por tal razón, en principio, las entidades estatales que celebren contratos están sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Es claro, entonces, que la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, como todas las demás establecidas en dicha ley, en la Constitución Política y en otras leyes, se aplican frente a todas las entidades del Estado (salvo norma especial que disponga lo contrario). Al mismo tiempo, dichas inhabilidades se presentan cuando ocurre, en la realidad, el supuesto de hecho que la respectiva norma consagra (sea este una sanción o no), e impiden, desde ese momento, a la persona natural o jurídica afectada con la inhabilidad celebrar cualquier contrato o participar en cualquier proceso de selección realizado por una entidad pública, durante el término dispuesto por la ley.

Dado lo anterior, frente a ese doble carácter jurídico que la Ley 1778 de 2016 le otorga a esta situación: como sanción administrativa y como inhabilidad para contratar con el Estado, debe prevalecer este último, a juicio de la Sala, habida consideración de los bienes jurídicos que protege y de las finalidades de interés público que persigue el régimen de inhabilidades e incompatibilidades diseñado por el Legislador.

En este punto, es importante mencionar, como precedente, lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-434 de 2013⁴⁸, en la cual se declaró condicionalmente exequible el parágrafo 2° del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, que creó una inhabilidad para contratar con el Estado, de cinco años, para los interventores que incumplan su deber de informar a la entidad estatal contratante sobre el incumplimiento del contrato, o sobre hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pongan o puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta disposición fue demandada por considerar el actor, entre otras razones, que, como las mismas conductas estaban previstas en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), modificado por la Ley 1474, como faltas disciplinarias gravísimas en las que pueden incurrir los supervisores e interventores de los contratos estatales (artículo 48, numeral 34 de la Ley 734, en armonía con el artículo 55 ibidem), que pueden ser sancionadas con inhabilitación para contratar con el Estado por un término de 1 a 20 años (artículo 56 ejusdem), la norma acusada violaba, entre otros principios, el de la prohibición al doble enjuiciamiento (non bis in idem), toda vez que implicaba imponer a una persona (el interventor) dos sanciones por la misma conducta.

A este respecto, dijo la Corte, en la citada sentencia:

[...] en un caso que resulta análogo al que ahora resuelve la Sala, se concluyó que

no se vulnera el non bis in idem al establecer una inhabilidad contractual a partir de

los mismos hechos que generan una sanción penal, pues la finalidad del

ordenamiento es diferente en cada caso. Dicho principio de decisión se estableció, en la sentencia C-489 de 1996, con ocasión del estudio de constitucionalidad respecto del literal d) del artículo 8° de la ley 80 de 1993, que consagra el catálogo de inhabilidades de quienes quieran contratar

con el Estado. En aquella ocasión se estableció como principio de decisión:

“Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.

[.]

Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuricidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. 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.”

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-434 del 10 de julio de 2013, expediente D-9441.

Igualmente, en un caso respecto de la misma disposición -literal d) del artículo 8° de la ley 80 de 1993-, aunque resolviendo un problema jurídico distinto al que ahora ocupa a la Sala Plena, la Corte, en sentencia C-178 de 1996, sostuvo:

“Advierte la Corte que las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades estatales no constituyen propiamente una materia

disciplinaria. Dado que ellas inciden directamente en la capacidad de los sujetos privados para contratar, su regulación indudablemente corresponde al estatuto contractual, así aquéllas puedan estructurarse a partir de sanciones

disciplinarias.

Las inhabilidades e incompatibilidades son parte necesaria y obligada de un

régimen de contratación, pues ellas aluden a una materia que es específica y consustancial de éste, como es la atinente a la regulación de las incapacidades

de los sujetos privados que intervienen en la regulación contractual.

[.]

La jurisprudencia antes mencionada ratifica el carácter diverso que tienen en nuestro ordenamiento jurídico las sanciones disciplinarias y las inhabilidades

contractuales. Mientras las primeras buscan que quienes desempeñen funciones públicas realicen su tarea de acuerdo con los postulados constitucionales y legales que rigen dicha función, las segundas son previstas con el objetivo de salvaguardar los principios de eficiencia, moralidad y transparencia en la actividad contractual.

Por lo anterior, la identidad del sujeto activo y de los hechos que generan la sanción disciplinaria prevista en el numeral 34 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 y la inhabilidad prevista en el parágrafo 2° del artículo 84 de la ley 1474 de 2011 -norma acusada-, no vulnera el principio non bis in ídem -artículo 29 de la Constitución-, pues en este caso no se presenta identidad de causa... (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

La Sala no desconoce que, para una parte de la jurisprudencia y de la doctrina, las inhabilidades para contratar, independientemente de su origen, constituyen una sanción, en sí mismas, pues representan una limitación temporal y, a veces, una prohibición definitiva para contratar con el Estado, lo que representa naturalmente una consecuencia nefasta para la persona natural o jurídica afectada.

Esta postura se ve reflejada, entre otras providencias, en algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional que se acaba de transcribir.

Sin embargo, aun de conformidad con dicha posición, la solución al dilema planteado seguiría siendo el mismo, pues, mientras que el artículo 5, numeral 2°, de la Ley 1778 de 2016 permite a la Superintendencia de Sociedades sancionar a una persona jurídica que haya cometido la falta de soborno transnacional, con una inhabilidad para contratar con el Estado “de hasta veinte (20) años” (se resalta), el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993 (como fue modificado por la Ley 1778, artículo 31) establece que las personas jurídicas que hayan sido declaradas administrativamente responsables por esta conducta quedan inhabilitadas para contratar con el Estado “por un término de veinte (20) años” (destacamos).

Así, mientras que la «sanción» de inhabilidad impuesta por la Superintendencia podría tener, en principio, una duración inferior a veinte años, la inhabilidad para contratar, generada por esta misma situación, no puede tener una vigencia inferior (ni superior) a veinte años.

Dado que el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 es una norma posterior, dentro de la misma ley, debe prevalecer sobre la anterior, conforme al criterio señalado por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887:

Artículo 5°.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª). La disposición relativa á un asunto especial prefiere á la que tenga carácter general;

2a). Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior.(Subrayamos).

En esa medida, la Sala no duda en afirmar que la inhabilidad que nos ocupa se presenta siempre que la Superintendencia de Sociedades declare a una persona jurídica administrativamente responsable de cometer o participar en la conducta de soborno transnacional, mediante un acto administrativo definitivo y en firme, aunque no le imponga expresamente, en dicho acto o en otro, la «sanción» de inhabilidad para contratar con el Estado. Dicha inhabilidad empieza a producir efectos, en todos los casos, desde el día siguiente a la firmeza del referido acto administrativo, y tiene una vigencia de veinte (20) años (ni menos ni más).

Aplicación de la inhabilidad indirecta o «por extensión». Sociedades y sucursales de compañías extranjeras concernidas

Todo lo que se ha dicho hasta ahora, en este acápite, tiene que ver con la inhabilidad que recae, en forma directa, sobre las personas naturales o jurídicas que sean declaradas responsables judicial o administrativamente, según el caso, de incurrir en la conducta de soborno transnacional.

Sin embargo, como se ha mencionado, tanto el texto anterior como el actual del artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, dispusieron que esta inhabilidad se extendiera a otras personas jurídicas, particularmente sociedades, que tienen un vínculo jurídico o económico relevante con la persona natural o jurídica declarada responsable (el inhabilitado directo), aun cuando no hayan tenido participación alguna en la conducta de soborno transnacional.

Con respecto a dicha inhabilidad indirecta o «por extensión», se pregunta en la consulta si esta se interpreta para las personas (i) desde el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la sentencia penal o la declaración de la responsabilidad administrativa, o (ii) desde el momento en el que se declaró responsable penalmente a la persona natural o administrativamente a la persona jurídica». La Sala entiende que esta duda se refiere a si la extensión de la inhabilidad afecta a las sociedades o sucursales de sociedades extranjeras de las que formara parte (en calidad de administrador o de socio controlante, según el caso) la persona natural o jurídica declarada responsable, (i) cuando ese individuo o entidad cometió la conducta, es decir, en el momento de los hechos, o (ii) cuando su responsabilidad fue declarada judicial o administrativamente, según el caso.

Para entender este interrogante, debe precisarse que, como la responsabilidad de la persona natural o de la persona moral por incurrir en soborno transnacional debe ser declarada luego de iniciarse y llevarse a cabo un proceso judicial o administrativo, en todas sus etapas, el cual puede durar varios meses o años, es probable que la persona natural o jurídica declarada responsable no tenga, en el momento de dictarse en su contra la sentencia condenatoria (en primera instancia)

o de quedar en firme el acto administrativo sancionatorio, los mismos vínculos jurídicos y económicos que tenía cuando cometió la conducta, con determinadas sociedades o sucursales de sociedades extranjeras. Puede ser que, en ese segundo momento, no mantenga vínculos con ninguna compañía, o los tenga con otras sociedades totalmente distintas.

Como la norma que contiene esta inhabilidad no dispone expresamente nada sobre este punto específico, ni en su versión actual, ni en su texto anterior (artículo 1 de la Ley 1474 de 2011) ni en su versión original (artículo 18 de la Ley 1150 de 2007), es necesario interpretar esta parte de la disposición, con el fin de encontrar su auténtico sentido, es decir, aquel que se aproxime más a la intención que probablemente tuvo el Legislador y a los fines que se buscan con dicha norma.

A este respecto, vale la pena recordar que la Sala, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, antes citados, señaló que el carácter exceptivo de las disposiciones que contienen inhabilidades o incompatibilidades, si bien impide su aplicación analógica y su interpretación extensiva (a otras situaciones distintas de las previstas expresamente en tales normas), no implica que dichos preceptos no puedan ni deban ser interpretados, como cualquier otra norma jurídica, para desentrañar su verdadero y auténtico sentido. Así lo explicó la Sala en los documentos referidos:

(.) la Sala quiere hacer énfasis en que el carácter taxativo del régimen de

inhabilidades e incompatibilidades, el cual no permite incorporar o aplicar causales no previstas en el ordenamiento jurídico de manera expresa, así como la imposibilidad de añadir supuestos de hecho diferentes con base en la analogía, no impiden al intérprete jurídico fijar el alcance de cada una de las hipótesis

comprendidas expresamente en las normas constitucionales y legales, con base en

la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos.

Al respecto han indicado esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente:

“Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden

cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”⁴⁹.

“La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador [...] En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si (sic) es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.”⁵⁰ (Subraya la Sala, en esta oportunidad).

Ahora bien, para solucionar esta pregunta, la Sala considera que debe partirse de la finalidad que se busca con las inhabilidades para contratar, en general, y con esta inhabilidad indirecta o «por extensión», en particular.

⁴⁹ «[129] Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de octubre de 2009, exp. n.º 1966».

⁵⁰ «[130] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652».

Como se afirmó anteriormente, las inhabilidades para contratar con el Estado constituyen mecanismos jurídicos para preservar y efectivizar los principios que rigen la contratación estatal, especialmente los de transparencia, moralidad, imparcialidad, buena fe y precaución. En esa medida, las inhabilidades tienen, ante todo, una finalidad preventiva.

Si esto es así con respecto a las inhabilidades que la ley establece en forma directa para determinadas personas naturales o jurídicas, resulta más cierto aún en relación con las inhabilidades que la misma ley señala de manera indirecta o «por extensión», es decir, aquellas que no recaen directamente sobre la persona natural o jurídica que haya realizado cierta conducta (lícita o ilícita), sino sobre otras personas físicas o morales con las cuales esos individuos o entidades tengan determinados intereses o vínculos jurídicos o económicos.

En efecto, en el caso de tales inhabilidades, la ley no exige demostrar alguna clase de culpabilidad y, ni siquiera, algún tipo de participación (por acción o por omisión) en la conducta, por parte de la persona a la cual se extiende la inhabilidad, como sí lo exige para declarar responsable administrativamente a una persona jurídica por incurrir en soborno transnacional.

Recuérdese que, a diferencia de lo dispuesto en materia de inhabilidades, el artículo 2º de la Ley 1778 dispone que las personas jurídicas serán sancionadas cuando, directa o indirectamente, “den, ofrezcan o prometan” a un servidor público extranjero algún beneficio o utilidad para que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con sus funciones, en relación con un negocio o transacción internacional. Igualmente, el inciso cuarto de dicha norma preceptúa que las matrices de aquellas personas jurídicas pueden ser declaradas responsables, igualmente, cuando sus subordinadas hayan cometido la conducta de soborno transnacional con el consentimiento o tolerancia de la matriz.

En el primer caso, es evidente que no basta el simple vínculo jurídico o económico que exista entre el individuo que realice materialmente la conducta y la persona jurídica que sea declarada responsable, sino que la ley exige demostrar un vínculo instrumental relevante entre dichas personas, es decir, que el individuo que realizó fácticamente la conducta fue el instrumento del cual se sirvió la persona jurídica responsable para sobornar a un servidor público extranjero, lo cual podría demostrarse, incluso, a partir de indicios.

En el segundo caso, no es suficiente para la ley el simple nexo jurídico y económico que exista entre una sociedad subordinada y su matriz, sino que se exige, además, que esta última haya actuado en forma consciente o tolerante frente a su subordinada.

En contraste, para configurar la inhabilidad indirecta o «por extensión» que establece el artículo 8, numeral 1º, literal j), de la Ley 80 de 1993, en su inciso tercero, el Legislador no requiere, ni siquiera, que la sociedad afectada con esta inhabilidad se haya beneficiado directa o indirectamente con la conducta reprochable cometida por el inhabilitado directo.

Este tipo de inhabilidades ha sido prevista por la ley, no solo en el literal j) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80, objeto de esta consulta, sino también en otras normas, como el literal k) del mismo numeral, modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, que se refiere a la

inhabilidad de las personas naturales y jurídicas que financien campañas políticas, en determinado monto, y que, según el

inciso tercero de la norma in fine, «comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías» (se resalta).

En relación con esta última causal de inhabilidad, a propósito de una modificación que pretendía hacerse mediante el Proyecto de Ley n.º 005 de 2017 Cámara⁵¹, presentado por la Fiscalía General de la Nación, se puede leer lo siguiente, en la correspondiente exposición de motivos:

Finalmente, la extensión de la inhabilidad a las sociedades en las cuales la junta directiva o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a cualquier cargo de elección popular, surge como resultado de la práctica frecuente de tratar de evadir la acción del Estado a través

de la participación en sociedades comerciales en condición diferente a la de representante legal. En este sentido, se consideró importante abarcar otros tipos de condición en la respectiva sociedad, tal como la de integrante de la junta directiva. (Se resalta).

En consecuencia, si el objetivo de esta clase de inhabilidades no es, como parece claro, el de castigar o sancionar a las personas morales que se ven afectadas con tales impedimentos para contratar, por algún comportamiento en el que hayan incurrido o participado, o del cual se hayan beneficiado, debe inferirse que su finalidad es netamente preventiva y se refiere, en particular, a evitar que tales entidades (en este caso, sociedades) sean utilizadas por el inhabilitado directo o principal para evadir o burlar la inhabilidad para contratar que pesa sobre él durante cierto tiempo.

En efecto, piénsese, por ejemplo, que un individuo que haya sido condenado judicialmente por soborno transnacional o por cualquiera de los otros delitos previstos en el artículo 8, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, podría fácilmente esquivar la prohibición de contratar con el Estado si, en lugar de hacerlo directamente, utilizara una sociedad (nueva o preexistente) controlada por él o de la cual fuese administrador, o bien una sucursal de sociedad extranjera, de la que fuera su representante en el país.

Fue para evitar este tipo de conductas, que podrían implicar una nueva ilicitud y una especie de fraude a la ley, que el Legislador estableció estas inhabilidades indirectas o «por extensión».

En consecuencia:

(i) Si se considera que las sociedades que deben verse afectadas con esta inhabilidad son aquellas en las que participaba la persona natural o jurídica declarada responsable al momento de cometer la conducta, esta conclusión obedecería, entonces, a una lógica represiva o sancionatoria, que tendría como finalidad castigar a dichas compañías por su presunta participación en la conducta, y no a una necesidad simplemente preventiva.

Sin embargo, aparte de que la ley no exige probar dicha participación, ni el beneficio obtenido con la conducta, como ya se demostró, se pasaría por alto

51 «Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción».
Este

proyecto de ley se acumuló con los proyectos números 109 de 2017 Cámara, 114 de 2017 Cámara, 16 de 2017 Senado, 47 de 2017 Senado y 52 de 2017 Senado.

que la persona natural o jurídica responsable podría no ser parte de dichas sociedades al momento de la declaratoria de responsabilidad, y que podría dejar de serlo, posteriormente. En cambio, no se tendría en cuenta que aquella persona podría participar en otras compañías que, al no quedar inhabilitadas (conforme a esta interpretación), podrían contratar libremente con el Estado.

En esa medida, el entendimiento que se comenta tendría, simultáneamente, dos efectos colaterales indeseables:

En primer lugar, podría resultar desproporcionado con las sociedades de las cuales formaba parte la persona declarada judicial o administrativamente responsable (suponiendo que ellas misma no sean declaradas responsables), pues, a pesar de que tales compañías podrían obligar al responsable a cortar cualquier vínculo jurídico o económico con ellas, ya sea forzándolo a enajenar su participación en el capital social (si se tratara de un socio) o bien terminando la relación laboral o civil que tuvieran con dicha persona, en su calidad de administrador, seguiría pesando sobre tales compañías (por un plazo de 20 años) la referida inhabilidad; y

lo más importante, resultaría ineficaz frente a la necesidad de evitar que la persona o entidad declarada responsable utilice sociedades o sucursales de sociedades extranjeras para seguir contratando con el Estado y evadir, de esta forma, la inhabilidad, pues esta no cobijaría a las compañías que la persona responsable cree o a las cuales ingrese después de haber cometido la conducta de soborno transnacional (incluso, antes de haber sido declarado responsable).

(ii) Por el contrario, si se interpreta que la inhabilidad indirecta comprenda solamente a las sociedades de las que forme parte la persona natural o jurídica declarada responsable en la fecha de la declaratoria de responsabilidad (mediante sentencia o acto administrativo), tal entendimiento merece los mismos reparos, pero con algunas variaciones temporales. En efecto, dicha interpretación:

afectaría desproporcionadamente a las sociedades de las que hiciera parte el responsable al momento de dictarse la sentencia o el acto administrativo, en la medida en que estas quedarían inhabilitadas para contratar con el Estado durante veinte años, aunque pudieran no haber tenido relación alguna con la conducta ilícita del responsable, y pudieran, en cualquier momento posterior a la declaratoria de responsabilidad (incluso, inmediatamente), romper efectivamente los vínculos que tuvieran con la persona natural o jurídica declarada responsable; y

resultaría igualmente ineficaz, pues no quedarían comprendidas con la inhabilidad las sociedades que el responsable (persona natural o jurídica) cree, o de las que entre a formar parte (como socio controlante o administrador) después de haber sido condenado penalmente (en primera instancia) o declarado administrativamente responsable.

Dado lo anterior, la interpretación que, a juicio de la Sala, resulta más lógica, equitativa con todas las partes involucradas y, sobretodo, eficaz, conforme a la finalidad perseguida por la ley, al consagrar este tipo de inhabilidades indirectas o por extensión, es la que consiste en considerar que dicha inhabilidad recae sobre todas y cada una de las sociedades

y sucursales de sociedades extranjeras de las que sea o llegue a hacer parte (como socio controlante o administrador) la persona natural o jurídica declarada judicial o administrativamente responsable, en

cualquier momento posterior a la declaratoria de responsabilidad y dentro de los veinte años siguientes, siempre que mantenga su calidad de socio controlante o administrador de aquellas sociedades o sucursales.

Es importante aclarar que lo anterior no significa que cada una de las sociedades o sucursales de sociedades extranjeras mencionadas quede inhabilitada por un periodo de veinte años, en forma independiente, ya sea desde la sentencia o el acto administrativo sancionatorio que generó la inhabilitación al responsable (inhabilitado directo), o a partir del momento en que este empiece a tener una participación o vínculo con aquellas sociedades o sucursales, sino que tales compañías y sucursales de sociedades extranjeras quedan inhabilitadas para contratar con el Estado mientras el inhabilitado directo mantenga en ellas su participación o su posición como socio controlante o administrador.

De esta manera, las referidas sociedades y sucursales podrían recuperar, en cualquier momento, su capacidad para contratar con el Estado, si rompen los vínculos que mantienen con el individuo o la entidad declarados responsables

Para hacer mayor claridad sobre este complejo asunto, la Sala considera conveniente dar algunos ejemplos:

Si un individuo es condenado judicialmente por soborno transnacional o por otro de los ilícitos mencionados en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, y diez o quince años después de haberse proferido la sentencia de primera instancia (siempre que no haya sido revocada), el delincuente crea una compañía, de la cual sea socio controlante, o adquiere una participación u otra posición en una sociedad preexistente, que le confiere la calidad de controlante, dicha sociedad quedaría inhabilitada para contratar con el Estado, a partir de ese momento y mientras que el sujeto condenado mantenga en ella su condición de socio controlante, sin exceder, en ningún caso, el término de veinte años que dura su inhabilitación directa.

Por lo tanto, si antes de cumplirse dicho plazo, el individuo declarado responsable pierde efectivamente su calidad de socio controlante de la referida compañía (ya sea porque enajene a un tercero independiente toda su participación en el capital social, o porque siga siendo socio, pero ya no tenga la calidad de matriz o controlante, entre otras eventualidades), la mencionada sociedad dejaría de estar inhabilitada y, por lo tanto, recuperaría automáticamente su capacidad para contratar con las entidades estatales.

Otro tanto puede ocurrir, con efectos similares, si la persona natural declarada judicialmente responsable mantiene o pasa a tener la calidad de administrador (sea como representante legal, miembro de junta directiva o en otra condición prevista en los estatutos) de cualquier sociedad, en cualquier momento posterior a la sentencia judicial condenatoria de primera instancia y antes de cumplirse el término de veinte años desde que dicha condena fue proferida.

Cualquiera de los ejemplos anteriores es aplicable, también, cuando la inhabilitación directa afecte a una persona jurídica que haya sido declarada administrativamente responsable por incurrir o

participar en soborno transnacional, pues, como atrás se explicó, las personas fictas también pueden ser socias controlantes e, incluso, administradoras de una sociedad o de una sucursal de compañía extranjera. Solamente habría que tener en cuenta como particularidad, en esta hipótesis, que la inhabilidad directa del responsable empezaría a regir cuando quede en firme el acto administrativo mediante el cual

se declare su responsabilidad, y regiría durante veinte años, desde ese momento, siempre que aquel acto no sea anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Vale la pena aclarar, en cualquier caso, que todo lo que se ha dicho para las sociedades y sucursales de compañías extranjeras, en relación con la inhabilidad indirecta o «por extensión» establecida en la ley, es independiente de la responsabilidad administrativa que pueda recaer sobre dichas personas jurídicas por haber cometido o participado, directa o indirectamente, en la conducta de soborno transnacional, y, por lo tanto, de la inhabilidad que se genere a su cargo, en forma directa.

En efecto, puede ocurrir, por ejemplo, que la inhabilidad indirecta que se viene explicando no se aplique a una sociedad de la que un individuo condenado judicialmente por soborno transnacional, hiciera parte al momento de cometer el ilícito (en calidad de socio controlante o de administrador), debido a que la persona natural haya perdido posteriormente tal condición en la referida compañía, antes o después de la sentencia condenatoria. Pero esto no impide que tal compañía pueda quedar inhabilitada, de forma directa y por un periodo independiente de veinte años, si la Superintendencia de Sociedades considera y demuestra, en la respectiva actuación sancionatoria, que dicha sociedad incurrió o participó en la conducta de soborno transnacional, por intermedio del mismo sujeto que fue investigado penalmente (o de otro), y la declara, por tal razón, administrativamente responsable.

Así, puede observarse que, de acuerdo con el régimen previsto en la Ley 1778 de 2016, en armonía con las normas pertinentes de la Constitución Política, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de la Ley 1474 de 2011, un solo hecho de soborno transnacional puede generar distintas inhabilidades para diferentes personas naturales y jurídicas: directas, para las personas físicas y morales involucradas en la conducta y declaradas responsables; e indirectas, para las sociedades y sucursales de sociedades extranjeras de las que tales individuos o entidades sean socios controlantes (en el caso de las compañías) o administradores (para el caso de las sociedades y de las sucursales). Puede ocurrir también que la misma compañía o sucursal de sociedad extranjera se vea afectada, al mismo tiempo o en momentos distintos, por una inhabilidad directa y una inhabilidad indirecta, generada por los mismos hechos.

El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011: otras medidas judiciales y administrativas que las autoridades pueden adoptar contra personas jurídicas, en casos de corrupción

El artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 modificó el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

Artículo 35. Medidas contra personas jurídicas. Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas

jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito.

Igualmente, podrá imponer la sanción de publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. También podrá disponer la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

En esta actuación, la Superintendencia de Sociedades aplicará las normas sobre procedimiento administrativo sancionatorio contenidas en el Capítulo III del Título III de la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo 1°. Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta:

la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera;

la realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero y que

la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la comisión de las conductas enunciadas en este artículo por parte de sus administradores o empleados.

Parágrafo 2°. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen sancionatorio especial previsto para esa falta

administrativa. (Subrayas ajenas al texto).

Esta norma, en su versión inicial, ya había sido analizada por la Sala, en los mentados conceptos 2260 y 2264 de 2015, en los cuales señaló:

La norma transcrita, junto con aquellas que le resultan concordantes, de índole penal y administrativo⁵², no consagran causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad para contratar con las entidades públicas.

⁵² «[200] La Ley 906 de 2004 contiene el Código de Procedimiento Penal que se aplica a la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos después del 1° de enero de 2005 (artículo 533). El artículo 91 que forma parte del Título II (“Acción penal”), Capítulo II (“Comiso”), dispone: [...]

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

Lo que dichas normas establecen es: (i) Por una parte, la facultad que se otorga a

los jueces penales (colombianos) para que, en desarrollo de los procesos judiciales

que lleven a cabo, puedan adoptar determinadas medidas transitorias (suspensión) o

definitivas (cancelación) contra las personas jurídicas o los establecimientos de

comercio respecto de los cuales existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Tales medidas pueden adoptarse contra las personas jurídicas que “se hayan buscado beneficiar”

de la comisión de delitos contra la administración pública o contra el patrimonio

público, cometidos por sus representantes legales o administradores; y (ii) en segundo lugar, la potestad que se asigna a la Superintendencia de Sociedades para que imponga multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando una sociedad “haya participado en la comisión de un delito contra la

Administración Pública o contra el patrimonio público”, con el consentimiento o la

tolerancia de su representante legal o de alguno de sus administradores.

Como se aprecia claramente, las medidas preventivas y sancionatorias mencionadas, incluyendo la cancelación de la personería jurídica de las sociedades,

solamente pueden ser adoptadas por los jueces penales colombianos o por la

Superintendencia de Sociedades, según el caso, en el curso de los procesos

judiciales y de las actuaciones administrativas que desarrollen, de acuerdo con las normas de procedimiento que resulten aplicables. (Se resalta, en esta ocasión).

Tal como se explicó en aquella oportunidad, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, tanto en su texto inicial como en su versión modificada por la Ley 1778, regula, con notoria falta de técnica legislativa, dos objetos claramente diferenciables (cada uno de los cuales, por lo tanto, podría ser objeto de un artículo distinto): (i) Las medidas transitorias y definitivas

que los jueces penales pueden adoptar, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación o de las víctimas (según lo señalado por la Corte Constitucional), en el curso de los procesos penales, contra las personas jurídicas o los establecimientos de comercio que se busquen beneficiar con la comisión de delitos contra la Administración Pública o contra el patrimonio público, cometidos por sus administradores (incluyendo sus representantes legales), y (ii) las sanciones que la Superintendencia de Sociedades puede aplicar contra las compañías domiciliadas en Colombia y las sucursales de sociedades extranjeras, por participar o tolerar en la comisión de ciertos delitos, por parte de sus administradores.

Medidas que pueden adoptar los jueces penales

En relación con la primera parte de la norma, vale la pena recordar que el artículo 34 de la Ley 1474 adicionó materialmente el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que en su versión actual preceptúa:

Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al

público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que

“Artículo 86. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

[...]

3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

[...]

(Subrayas fuera del texto)».

permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia

condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron. (Se resalta).

El texto que aparece en cursivas fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en la sentencia C-603 del 2 de noviembre de 2016, «EN EL ENTENDIDO de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de la imputación».

Es importante aclarar que el artículo 91 citado forma parte del Título III, Capítulo II, del Código de Procedimiento Penal, que regula, en particular, el «comiso». En relación con

esta figura procesal, el artículo 82 eiusdem dispone:

Artículo 82. Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del

delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos

como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

[.]

Parágrafo. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de

dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles. (Destacamos).

En este contexto, lo que hizo el Legislador, en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, fue adicionar o complementar el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, para precisar que las medidas reguladas en dicha norma, esto es, la suspensión o la cancelación de la personería jurídica de personas morales, y el cierre temporal o definitivo de establecimientos o locales abiertos al público, pueden aplicarse (por parte de los jueces penales) contra las personas jurídicas «que se hayan buscado beneficiar» con algún delito contra la Administración Pública o que afecte el patrimonio público, cometido por cualquiera de sus administradores, directa o indirectamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta la ubicación del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal dentro de dicha normativa - en el capítulo que regula el comiso - así como el hecho de que en Colombia no se ha establecido aún la responsabilidad penal para las personas jurídicas (a diferencia de otros países), las medidas señaladas en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por el artículo 35 de la Ley 1778) no pueden calificarse como sanciones judiciales.

A juicio de la Sala, tales medidas corresponden propiamente a lo que se denomina restablecimiento del derecho en el proceso penal, es decir, el conjunto de decisiones que los jueces penales deben tomar en el curso del proceso, al margen de la definición de la responsabilidad penal del imputado, para indemnizar o reparar los derechos de las víctimas, eliminar o compensar las consecuencias ilícitas o nocivas generadas por el delito y, en general, restablecer el equilibrio y la integridad del ordenamiento jurídico, alterados con la comisión de una ofensa criminal.

Sobre este tema, conviene recordar que el artículo 22 de la Ley 906 de 2004 consagra, como uno de los “principios rectores” del procedimiento penal (Título Preliminar), el del restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado

anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal. (Se destaca).

Asimismo, según el artículo 114, numeral 12, del mismo código, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 250⁵³, numeral 6°, de la Constitución Política, una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación es la de “[s]olicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto” (subrayamos).

En torno al principio del restablecimiento del derecho en el proceso penal y a las normas que lo desarrollan, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó lo siguiente, en providencia del 28 de noviembre de 2012⁵⁴:

De lo acotado en precedencia se puede hasta el momento inferir: (i) el principio rector orientado al restablecimiento del derecho es intemporal dentro del proceso penal y no está supeditado a la declaratoria de responsabilidad penal; (ii) “el pleno restablecimiento del derecho” no necesariamente se debe reconocer en la sentencia sino en cualquier momento de la actuación en que aparezca acreditado. un 'convencimiento más allá de toda duda razonable' sobre la materialidad de la conducta. y (iii) en el decurso procesal se debe procurar por el pronto y efectivo resarcimiento, de modo que, como se señala en la sentencia C-060 de 2008, “se evite la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan”.

[.]

Desde tal perspectiva ha de inferirse que las medidas de restablecimiento del derecho pueden ser de naturaleza personal, si recaen sobre las personas, o real, en caso de hacerse efectivas respecto de los bienes afectados con la conducta punible, pero, a su vez, pueden ser provisionales o definitivas dependiendo de su contenido.

[.]

Ahora bien, cuando tales medidas son de carácter provisional, independientemente de si son personales o reales, vgr. imposición de medida de aseguramiento sobre las personas; suspensión del poder dispositivo sobre bienes (arts. 83 y 85 del C.P.P.); suspensión de personerías jurídicas o cierres temporales de locales o establecimientos abiertos al público (art. 91 ibídem); [...] la competencia es del juez de control de garantías; empero, si lo que se pretende es el restablecimiento pleno del derecho, conforme lo establece la sentencia C-060 de 2008, ya no con carácter provisional o transitorio, análisis que comporta juicios concretos y valorativos en punto de la materialidad de la conducta punible o del denominado tipo objetivo, lo cual puede ocurrir en la sentencia o en una decisión que ponga fin al proceso, la competencia será del juez de conocimiento. (Se resalta).

⁵³ Funciones de la Fiscalía General de la Nación.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de noviembre de 2012. Conflicto de competencias propuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Como se aprecia, para la Corte Suprema de Justicia, las medidas de suspensión o

cancelación definitiva de la personería jurídica de una entidad, y de cierre temporal o definitivo de establecimientos de comercio, son instrumentos jurídicos de restablecimiento del derecho, que los jueces penales (de control de garantías o de conocimiento, según el caso) pueden adoptar en diferentes etapas del proceso penal, ya sea con carácter provisional o definitivo, con el fin de evitar la continuidad o la consumación de un daño, o bien de restablecer integral y definitivamente la legalidad y el orden jurídico quebrantados con la comisión de un delito, a un estado previo a la realización del ilícito.

En este mismo sentido, debe observarse que el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, tal como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, dispone:

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Sobre este fragmento de la norma, la Sala anota que el ejercicio de dicha potestad por parte de las entidades públicas, no solo es importante para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados a tales entidades con la conducta ilícita, a cargo de las personas jurídicas que hayan participado en las mismas, sino también para establecer con precisión el plazo de la respectiva inhabilidad.

En efecto, tal como se explicó en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, debe recordarse que si el delito por el cual es condenada una persona natural afecta el patrimonio del Estado, la inhabilidad que la respectiva sentencia condenatoria genera se subsume en la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, lo que implica que dicha inhabilidad tiene una duración indefinida, sin que esté sometida, por lo tanto, al término de 20 años previsto en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, si gracias a la constitución de la entidad pública como víctima dentro del proceso penal, se logra establecer que el delito por el cual fue condenado un individuo ocasionó un perjuicio al patrimonio público, la inhabilidad que la respectiva sentencia condenatoria genere se ampliaría automáticamente por tiempo indefinido (es decir, por toda la vida del criminal).

Como se puede inferir claramente, las medidas a que se refiere el primer inciso del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (tal como fue modificado por la Ley 1778 de 2016), en armonía con el artículo 91 de la Ley 906 de 2004, tienen una naturaleza jurídica, unos fines concretos, un régimen jurídico y unas competencias completamente distintos y diferenciados a los de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional, a los de la responsabilidad de las sociedades y sucursales extranjeras por participar en la conducta de «cohecho por dar u ofrecer», y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Por esta razón, los elementos característicos de cada uno de dichos instrumentos no pueden trasladarse o extrapolarse, sin más consideración, a otro u otros de los institutos señalados.

En esa medida, el requisito de que la persona moral se haya “buscado beneficiar” con la comisión de alguno de los delitos que el artículo 34 de la Ley 1474 menciona - que es una condición para que los jueces penales puedan adoptar cualquiera de las medidas previstas en dicha norma - no puede exigirse para aplicar la inhabilidad establecida en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80

de 1993 (modificado por el artículo 31 de la Ley 1778), a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras que incurran en soborno transnacional - ni a sus compañías vinculadas - pues se trata de instituciones jurídicas completamente diferentes y separadas.

Responsabilidad administrativa de las sociedades y sucursales de compañías extranjeras por participar en la conducta de «cohecho por dar u ofrecer» (soborno doméstico)

Ahora bien, la segunda parte del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por la Ley 1778) establece una responsabilidad administrativa para las sociedades domiciliadas en Colombia y las sucursales de sociedades extranjeras que se hayan beneficiado de la comisión del delito de «cohecho por dar u ofrecer»

(artículo 407 del Código Penal), con el consentimiento o la tolerancia de alguno de sus administradores, a partir del momento en que estos sean condenados penalmente por ese ilícito, y la respectiva sentencia se encuentre ejecutoriada.

En dicho caso, la Superintendencia de Sociedades puede: (i) imponer a tales sociedades y sucursales de sociedades extranjeras multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; (ii) ordenar la publicación de un extracto de la decisión sancionatoria, por un término máximo de un año, en medios de amplia circulación y en la página de internet de la respectiva persona jurídica, y (iii) disponer la prohibición, para la correspondiente sociedad o sucursal de compañía extranjera, de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio del Gobierno, durante un lapso de cinco años.

Es importante resaltar que esta responsabilidad administrativa de las sociedades nacionales y sucursales de compañías extranjeras se genera por la comisión del delito de «cohecho por dar u ofrecer», en relación con un servidor público nacional, pues si el servidor público es extranjero (incluyendo aquellos que laboran para organizaciones públicas internacionales), se tipifica la conducta de soborno transnacional, así se cometa dentro del país, y se aplica, por lo tanto, el régimen de la responsabilidad administrativa prevista para ese comportamiento en los Capítulos I a IV de la Ley 1778. Así lo dice expresamente el parágrafo 2° del artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por el artículo 35 de la Ley 1778): «En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen sancionatorio especial previsto para esa falta administrativa».

Sobre este mismo punto, en el «pliego de modificaciones» incorporado a la ponencia para segundo debate⁵⁵ del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1778 de 2016, se explicó lo siguiente:

El artículo 34 propone sustituir el régimen sancionatorio actualmente existente -que aparece consignado en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011- con esta nueva ley. Sin embargo, lo procedente no es derogar el artículo 34, pues esa disposición también permite sancionar el soborno a servidores públicos nacionales, el cual no

está cubierto por el presente proyecto de ley. Por lo tanto, en lugar de derogar el artículo, se propone adicionarle un parágrafo que exceptúe de su aplicación el

soborno transnacional. (Se resalta).

Anota la Sala que, aun cuando la Ley 1778 aumentó indudablemente las sanciones a las

sociedades y sucursales de sociedades extranjeras por estas conductas, en relación con los castigos previstos en la Ley 1474 de 2011, paradójicamente restringió el ámbito material de dicha responsabilidad, pues

⁵⁵ Gaceta del Congreso 380 del 5 de junio de 2015, p. 13.

mientras que el artículo 34 original de la Ley 1474 se refería a “los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público”, en general, el texto actual de la misma disposición alude solamente al delito de «cohecho por dar u ofrecer», que es apenas uno de los ilícitos que pueden cometerse contra la Administración Pública.

La Sala registra con preocupación, por otra parte, que con las normas incorporadas por la Ley 1778 de 2016 en materia de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional, y la consecuente inhabilidad para contratar con el Estado, se produjo un desequilibrio en el tratamiento jurídico dado por la ley al cohecho o soborno nacional, en el que participen o estén involucradas sociedades (nacionales o extranjeras), pues, mientras que en el primer caso (soborno transnacional) se genera una inhabilidad directa, en cabeza de la respectiva persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, por un período de 20 años, tal como se ha explicado, en el segundo evento (soborno nacional), no se ocasiona dicha inhabilidad de forma directa, pues la ley no la establece.

En esta segunda hipótesis, se podría generar una inhabilidad indirecta para la persona moral involucrada, si el sujeto condenado penalmente es socio controlante o administrador de aquella, mientras mantenga tal condición, como ya se explicó.

También podría producirse una inhabilidad directa para la persona jurídica, por un término de diez años, conforme lo dispuesto en el artículo 58, numeral 6°, de la Ley 80 de 1993, siempre que: (i) se trate de una persona jurídica de derecho privado; (ii) el individuo condenado penalmente sea su representante legal, y (iii) la condena se produzca por delitos asociados con “hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual” en Colombia, tal como lo explicó detenidamente la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015.

Pero estas inhabilidades son diferentes, y no tienen los mismos efectos ni igual duración que la inhabilidad directa o principal establecida actualmente en el literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, para las personas jurídicas que sean declaradas responsables administrativamente por soborno transnacional.

Asimismo, destaca la Sala que, mientras que dicha responsabilidad de las personas morales es completamente independiente de la responsabilidad penal en la que puedan incurrir los individuos por la realización de la misma conducta, como lo dispone expresamente el artículo 4 de la Ley 1778 de 2016 (“No prejudicialidad”), en armonía con lo previsto en los tratados internacionales sobre la materia, suscritos y aprobados por Colombia, la responsabilidad que se establece en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, para las sociedades domiciliadas en Colombia o las sucursales de sociedades extranjeras que incurran en soborno doméstico (a servidores públicos colombianos o a particulares que ejerzan funciones públicas) está condicionada expresamente a que «exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada» contra el representante legal o los administradores de tales sociedades o sucursales, por el delito de «cohecho por dar u ofrecer».

A esto se suman otras diferencias relevantes entre el régimen de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional, previsto en los artículos 1 a 29 de la Ley 1778 de 2016, y el régimen de la responsabilidad administrativa de las sociedades y sucursales de sociedades

extranjeras por incurrir en cohecho por dar u ofrecer («soborno nacional»), previsto en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, tales como: (i) el universo de las entidades que pueden ser objeto de dicha responsabilidad, que para el primer caso consiste en todas las personas jurídicas nacionales y las sucursales de sociedades extranjeras, mientras que para el segundo régimen está conformado solamente por las sociedades domiciliadas en Colombia y las sucursales de sociedades extranjeras, dejando de lado a las entidades sin ánimo de lucro y a otras personas morales no societarias, o (ii) el término de caducidad de la potestad sancionatoria, que para el primer régimen es de diez años (artículo 9 de la Ley 1778 de 2016), mientras que para el segundo es de solo tres (artículo 52 del CPACA, aplicable por la remisión que hace el artículo 34 de la Ley 1474).

Sobre esta problemática, destaca la Sala que uno de los principios que inspiran la Convención Anti-soborno de la OCDE es el de la «equivalencia funcional», que consiste, básicamente, en que los Estados parte de dicho tratado deben dar al soborno transnacional un tratamiento jurídico equivalente, en materia penal, civil y administrativa, al que otorgan al cohecho de sus propios servidores públicos⁵⁶. Pero dicho principio no significa que las medidas y sanciones que se adopten en el caso del soborno interno o nacional puedan ser menos estrictas que las establecidas para el soborno transnacional.

En este punto vale la pena reiterar un fragmento de una de las sugerencias hechas por la OCDE en el documento «Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales», del 26 de noviembre de 2009, antes citado:

Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender - en un grado adecuado - de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos contratos de adquisiciones públicas y contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros. y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones públicas a las empresas

resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que aplique esas sanciones por igual en el caso de cohecho a servidores públicos extranjeros... (Se resalta).

En esa medida, si bien la Ley 1778 de 2016 constituye un avance importante en la implementación de la referida Convención, la Sala llama la atención en el hecho de que el Legislador no puede irse al otro extremo, es decir, establecer consecuencias más gravosas para el soborno transnacional en el que incurra o participe una persona jurídica colombiana, que para el soborno doméstico en el que incurra o participe también una persona jurídica (nacional o extranjera).

Este asunto se discutió en el trámite del proyecto de ley que derivó en la Ley 1778 de 2016, aunque refiriéndose, sobre todo, al cohecho que una compañía extranjera pudiera cometer con un servidor público colombiano. A este respecto, la

⁵⁶ Este principio se ve reflejado, principalmente, en lo dispuesto por el artículo 3, numeral 1°, de

la Convención Anti-soborno de la OCDE:

«1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias.

La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.

[.]». (Subrayamos).

Sala transcribe una parte de la intervención de la senadora Claudia López, ante la Comisión Primera del Senado de la República, el día 17 de noviembre de 2015⁵⁷:

(.) quisiera ilustrar a la Comisión estas dos proposiciones que radicamos, elaboramos de común acuerdo con el Ministerio de Justicia, la Superintendencia y la Secretaría de Transparencia, y tienen las dos por objeto incorporar algo que habíamos debatido con el doctor Serpa y los demás colegas de la Comisión en el debate pasado.

Y es que haya. plena reciprocidad entre el tratamiento sancionatorio que les damos a nuestros nacionales cuando sobornan a un extranjero pero también a un

extranjero cuando incurre en la misma conducta en Colombia, para lograr esa plena reciprocidad. digamos que. las sanciones de carácter administrativo que se están estableciendo en este proyecto al soborno trasnacional son básicamente cuatro.

Las multas de hasta 200.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al (sic) inhabilidad para contratar con el Estado por un término de hasta 20 años, la

publicación de las sanciones en medios electrónicos y medios de amplia circulación y la prohibición de recibir incentivos o subsidios del gobierno por 5 años.

Por concordancia normativa digamos para poder aplicar la sanción de los 20 años de manera recíproca también a los extranjeros o a las sociedades de representantes

de extranjeros en Colombia que incurran en ese delito debemos modificar el artículo

31 en el sentido que ya se ha leído para que quede esa plena reciprocidad y para poder establecer las otras 3 sanciones, las de los salarios mínimos, las de la publicación y la prohibición de subsidios es necesario modificar el artículo 34.

Para que quede establecida la plena reciprocidad en términos de las sanciones de manera que no creemos, como lo habíamos discutido la vez pasada, como una especie de incentivos perversos, un mensaje mal entendido de que es más grave que un nacional nuestro soborne a un extranjero a que un extranjero soborne a uno

de nuestros nacionales. (Se destaca).

Infelizmente, ni en el texto de la proposición presentada en ese momento, ni en el articulado aprobado por la Comisión Primera del Senado se dejó consignado que las sociedades (nacionales o extranjeras) que fueran sancionadas administrativamente por la Superintendencia de Sociedades, por sobornar a un servidor público colombiano (o a un particular que ejerza

funciones públicas), quedaban inhabilitadas para contratar con el Estado, en los mismos términos previstos en el artículo 31 del proyecto de ley (31 de la Ley 1778) para las personas jurídicas nacionales y las sucursales de compañías extranjeras declaradas administrativamente responsables por incurrir en soborno transnacional.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala exhorta al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que revisen y modifiquen, de nuevo, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993, en el sentido de establecer: (i) que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar administrativamente responsables y sancionar a las personas jurídicas (incluso foráneas) y a las sucursales de sociedades extranjeras que incurran o participen en conductas de soborno o cohecho a servidores públicos colombianos o a particulares que ejerzan transitoria o permanentemente funciones públicas, sin que se requiera para ello que los empleados, socios, contratistas o administradores de tales sociedades o sucursales sean condenados penalmente

⁵⁷ Gaceta del Congreso 1018 del 3 de diciembre de 2015, p. 17 y 18. Acta n.º 21 de 2015 (noviembre 17) de la Comisión Primera del Senado.

por algún delito, en forma previa; (ii) que para tales efectos, la Superintendencia cuente con el mismo término de caducidad (10 años) y con atribuciones e instrumentos procesales similares a los que le otorga la Ley 1778, para investigar y sancionar el soborno transnacional, y (iii) que esa declaratoria de responsabilidad genere, en forma directa, una inhabilidad para contratar con el Estado, en cabeza de dichas personas jurídicas y sucursales, por el término de veinte años.

De esta forma, se lograría un equilibrio entre el tratamiento jurídico dado por nuestra legislación al soborno transnacional y al soborno interno (de servidores públicos nacionales).

Esta recomendación lleva a la Sala, también, a reiterar la exhortación expresada en el concepto 2346 de 2017⁵⁸, para revisar integralmente y sistematizar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, que cada vez resulta más disperso e incoherente:

Tanto en esta ocasión como en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala ha observado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado presenta graves y profundas deficiencias, que lo hacen confuso, contradictorio y difícil de aplicar, y debilitan, por lo tanto, su eficacia como instrumento para efectivizar, entre otros, los principios de transparencia, imparcialidad, buena fe y moralidad en la contratación pública. Entre tales deficiencias, podemos resaltar las siguientes:

En primer lugar, la enorme dispersión de las normas que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En efecto, como atrás se mencionó, las referidas inhabilidades e incompatibilidades están previstas en la Constitución Política, en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en más de diez (10) leyes diferentes, que regulan temas tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad fiscal, el régimen disciplinario, el pago de aportes parafiscales y el régimen político-electoral de los alcaldes, gobernadores y otros funcionarios públicos.

El hecho de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no distingue ni separa los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sino que, bajo el título de “inhabilidades e incompatibilidades para contratar” (artículo 8° de la Ley 80), regula

indistintamente una serie de situaciones que podrían constituir inhabilidades, en algunos casos; incompatibilidades, en otros, o, incluso, podrían ser clasificadas en ambas categorías.

Existe una serie de conductas que pueden vulnerar o amenazar en forma grave la vigencia efectiva de los principios generales de la contratación pública y de la función pública, y que no están consideradas actualmente como inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, tal como se ha demostrado en este documento y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. Al mismo tiempo, se presentan algunas circunstancias que la ley tipifica hoy en día como inhabilidades o incompatibilidades y que, si bien constituyen incumplimientos a ciertas obligaciones o deberes que la ley impone a los empresarios en diversos campos, no tienen necesariamente, a nuestro juicio, la entidad suficiente ni la potencialidad de afectar en forma grave la aplicación de los principios mencionados, lo que permitiría reevaluar si deben seguir siendo consideradas como hechos que impiden contratar con el Estado.

- Varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas actualmente están redactadas en forma confusa, insuficiente, contradictoria o poco técnica, desde el

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346 del 15 de agosto de 2017.

punto de vista jurídico, lo que dificulta su interpretación y, por lo tanto, su aplicación en casos concretos.

Por las razones anteriores, entre otras, la Sala se permite exhortar respetuosamente al Gobierno Nacional para que haga una revisión cuidadosa, detallada, racional y sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. Como resultado de dicho ejercicio, y luego de establecer finalidades y criterios claros y previamente consensuados con los diferentes actores involucrados en este asunto (entidades públicas, contratistas del Estado, organismos de control, universidades, gremios y oenegés, entre otros), podría prepararse un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y técnica esta materia, ya sea que tal regulación se consigne en un "estatuto general de inhabilidades e incompatibilidades", o que simplemente se refleje en la modificación o sustitución de las normas pertinentes del Estatuto General de Contratación Pública y en la derogación de las disposiciones contenidas en otras leyes que establecen inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

Conclusiones generales

De todo lo explicado a lo largo de este concepto, la Sala extrae las siguientes conclusiones generales, que resultan importantes para sintetizar lo expuesto y dar respuesta concreta a las preguntas formuladas en la consulta:

La Ley 1778 de 2016 constituye un importante avance en la implementación de las convenciones internacionales suscritas y aprobadas por Colombia, desde hace más de dos décadas, para prevenir y combatir la corrupción pública y privada y la delincuencia organizada internacional. Dicha ley consta de dos partes principales: a- la primera se dedica a establecer y regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas colombianas y las sucursales de sociedades extranjeras por incurrir o participar en soborno transnacional, y b- la segunda contiene diferentes medidas para fortalecer la prevención y la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada, y modifica varias

normas de las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011, entre otras.

En materia de responsabilidad de las personas jurídicas por incurrir en actos de soborno transnacional, la Ley 1778 establece una responsabilidad administrativa para las personas morales (de cualquier clase) y las sucursales de sociedades extranjeras que cometan esta conducta ilícita, directa o indirectamente. A la Superintendencia de Sociedades se le asigna, con exclusividad, investigar los hechos, declarar la eventual responsabilidad y aplicar las sanciones establecidas en la citada ley (artículo 5), una de las cuales es la inhabilitación de la entidad responsable para contratar con el Estado, por un periodo de hasta 20 años.

La Superintendencia de Sociedades puede declarar la misma responsabilidad y aplicar las mencionadas sanciones a la matriz de la persona jurídica que haya cometido el soborno transnacional, directa o indirectamente, siempre que aquella matriz (persona jurídica) haya dado su consentimiento o actuado de manera tolerante con el comportamiento ilícito de su subordinada (filial o subsidiaria).

Por otro lado, entre las medidas adicionales adoptadas por la Ley 1778 de 2016 para intensificar la prevención y la lucha contra la corrupción, se destaca la nueva modificación efectuada al literal j) del numeral 1° del

artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que consagra una inhabilidad para contratar con el Estado, por un término de veinte años, para las personas naturales que sean condenadas por delitos contra la Administración Pública u otros ilícitos establecidos en la Ley 1474 de 2011 y en los tratados internacionales suscritos por Colombia para prevenir y combatir la corrupción, así como para las personas jurídicas que sean declaradas administrativamente responsables por incurrir o participar en soborno transnacional.

Entre los cambios más importantes introducidos por esta ley a dicha causal de inhabilidad, se destacan: a- la ampliación de la inhabilidad, en el caso de las personas naturales, a la comisión de los demás «delitos o faltas» consignados en la Ley 1474 de 2011 y en sus modificaciones, así como de los actos delictivos previstos en las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Colombia en materia de lucha contra la corrupción; b- la inclusión, en esta inhabilidad, de las personas jurídicas (de cualquier tipo) y las sucursales de sociedades extranjeras que sean declaradas administrativamente responsables de soborno transnacional; c- la ampliación de la extensión de esta responsabilidad a otras sociedades en las cuales participen las personas físicas o morales declaradas responsables de los delitos o de la falta mencionados, para incluir, además de aquellas en las que tales personas tengan la condición de socios (ahora, controlantes), a las sociedades o sucursales de compañías extranjeras de las que sean administradores, y a las matrices y subordinadas de dichas sociedades, con excepción de las sociedades anónimas abiertas; d- la previsión de que esta inhabilidad se aplicará preventivamente (para las personas naturales y las sociedades o sucursales de compañías extranjeras a las cuales se extienda), desde el momento en que se notifique la sentencia penal condenatoria de primera instancia, aunque esté pendiente de resolverse la impugnación que se haya presentado contra dicha condena (en forma similar a una medida cautelar).

Esta última regla, referente a la aplicación preventiva de la inhabilidad, a partir de la sentencia penal condenatoria de primera instancia, no es aplicable a la inhabilidad directa que la misma norma establece para las personas jurídicas que incurran en soborno transnacional, por cuanto dicha previsión normativa está claramente referida a la

«sentencia condenatoria», y no puede interpretarse extensivamente, ni aplicarse por analogía, para cobijar, también, a los actos administrativos sancionatorios que dicte la Superintendencia de Sociedades. En este último caso, la inhabilidad directa de la persona moral declarada administrativamente responsable (y las eventuales inhabilidades indirectas o «por extensión» para otras sociedades y sucursales de compañías extranjeras) solo empiezan a regir una vez se encuentre en firme el acto administrativo respectivo.

Para la Sala, esta diferencia de tratamiento jurídico no constituye una antinomia o contradicción en la que haya incurrido el Legislador, sino el reconocimiento de las diferencias que existen entre la naturaleza jurídica de una sentencia judicial condenatoria, dictada por un juez penal, y un acto administrativo sancionatorio, expedido por una autoridad de la Rama Ejecutiva.

(viii) En donde sí se observa una ambivalencia es en el doble tratamiento jurídico que la ley asigna a esta inhabilidad para contratar con el Estado, al calificarla como una «sanción», de aquellas que la Superintendencia de Sociedades puede imponer a las personas jurídicas que sean declaradas responsables

por soborno transnacional (artículo 5 de la Ley 1778 de 2016), y regularla, al mismo tiempo, como una causal de inhabilidad, de aquellas establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (artículo 31 de la Ley 1778).

Frente a estas dos condiciones que la Ley 1778 de 2016 le otorga al mismo supuesto fáctico, la Sala no duda en considerar que prevalece la calidad de inhabilidad para contratar con el Estado, que el Legislador le ha otorgado a esta situación, en armonía con lo dispuesto en los artículos 122 de la Constitución Política, 8 de la Ley 80 de 1993, 18 de la Ley 1150 de 2007 y 1 de la Ley 1474 de 2011. Esto significa que, siempre que la Superintendencia de Sociedades declare administrativamente responsable, mediante un acto definitivo y en firme, a una persona jurídica por haber incurrido o participado en la conducta de soborno transnacional, dicha entidad queda automáticamente inhabilitada para contratar con el Estado, por un periodo de 20 años, independientemente de que la Superintendencia haya impuesto o no esta «sanción», de manera expresa, en el acto administrativo correspondiente.

En cuanto a la determinación de las sociedades y sucursales de compañías extranjeras a las cuales «se extiende» dicha inhabilidad, la Sala interpreta que esta se extiende a cualquier sociedad de la que la persona natural o jurídica sea socio controlante o administrador (incluyendo representante legal o miembro de junta directiva), así como a sus matrices y subordinadas (filiales y subsidiarias), o a cualquier sucursal de sociedad extranjera de la que sean administradores las mismas personas, en cualquier momento posterior a la entrada en vigencia de la inhabilidad directa a cargo del responsable y hasta que dicha inhabilidad se mantenga (20 años), siempre que la persona declarada responsable conserve la referida participación o calidad en la sociedad o sucursal de compañía extranjera.

La Ley 1778 de 2016 (artículo 35) modificó igualmente el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, norma que establece: a- La potestad atribuida a los jueces penales, de acuerdo con el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, para suspender o cancelar la personería jurídica de las personas morales, o de cerrar temporal o definitivamente establecimientos de comercio, que «se hayan buscado beneficiar» de la comisión de delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, cometidos por sus administradores, directa o indirectamente; y b- la facultad otorgada a la Superintendencia

de Sociedades para sancionar administrativamente a las sociedades domiciliadas en Colombia y a las sucursales de compañías extranjeras en el país, que se hayan beneficiado con el delito de «cohecho por dar u ofrecer» (a un servidor público colombiano) cometido por cualquiera de sus administradores, siempre que exista en su contra una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada.

La medida de suspensión o cancelación de la personería jurídica, y la de cierre temporal o definitivo de los establecimientos de comercio, que pueden dictar los jueces penales, corresponden a un mecanismo de restablecimiento del derecho que tales jueces pueden adoptar, en el curso de los procesos penales que tramiten por estos delitos, en los que aparezca involucrada una persona jurídica o un establecimiento abierto al público. En consecuencia, se trata de un instrumento especial, propio del procedimiento penal, que no constituye una sanción, en sentido estricto, ni genera, por sí mismo, inhabilidad para contratar con el Estado.

(xiii) De lo anterior se deriva que los elementos que la ley exige para la aplicación de estas medidas, entre ellos, que la persona jurídica o el establecimiento de comercio «se hayan buscado beneficiar» con la conducta ilícita, deben aplicarse dentro de su propio ámbito y no pueden extenderse a otras instituciones reguladas por la ley, como la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno transnacional o la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993 (con sus modificaciones).

En atención a las consideraciones anteriores,

La Sala RESPONDE:

1. ¿La expresión del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, “[.] 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 [.]’, se interpreta para las personas (i) desde el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la sentencia penal o la declaración de la responsabilidad administrativa, o (ii) desde el momento en el que se declaró responsable penalmente a la persona natural o administrativamente a la persona jurídica.

Según lo explicado en este concepto, la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1°, literal j), de la Ley 80 de 1993 (tal como fue modificado por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016) se genera, por un término de veinte años, para las personas naturales que sean condenadas penalmente por alguno de los delitos señalados allí, desde el momento en que se notifique la sentencia de primera instancia (aunque se encuentre pendiente de resolver alguna impugnación contra la misma), y para las personas jurídicas que sean declaradas administrativamente responsables de cometer o participar en la conducta de soborno transnacional, desde el instante en que el respectivo acto administrativo quede en firme.

A partir de esos mismos momentos, la citada inhabilidad se extiende a todas y cada una de las sociedades y sucursales de compañías extranjeras de las que sean o lleguen a hacer parte (como socios controlantes o administradores) las personas físicas o morales declaradas responsables, dentro de los veinte años siguientes, mientras mantengan su

calidad de socios controlantes o administradores de aquellas sociedades o sucursales.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la inhabilidad directa que pueda recaer, de forma independiente, sobre la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera en la que la persona natural o jurídica declarada responsable participara en el momento de cometer la conducta ilícita (en calidad de socio controlante o administrador), si aquella persona jurídica o sucursal es declarada, a su vez, administrativamente responsable por haber incurrido o participado en soborno transnacional. En dicho caso, tal entidad o sucursal quedaría directamente inhabilitada para contratar con las entidades públicas colombianas por un periodo independiente de 20 años.

2. **Al realizar una interpretación integral de la Ley 1778 de 2016, se consulta ¿si la expresión del artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 “[.] que se hayan buscado beneficiar [.]”, se aplica también al artículo 31 ibídem, de manera que la**

inhabilidad solamente cobije a aquellas personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras que se hayan buscado beneficiar de la conducta?

No. La expresión «[.] que se hayan buscado beneficiar [.]», utilizada por el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016), se refiere a las medidas que los jueces penales pueden adoptar, como mecanismo de restablecimiento del derecho, en los procesos penales que se tramiten por delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, y en los que aparezcan involucradas personas jurídicas. En cambio, el artículo 8, numeral 1º, literal j), de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 31 de la Ley 1778), establece una inhabilidad para contratar con el Estado colombiano, de carácter objetivo y con una finalidad preventiva.

En consecuencia, se trata de dos instituciones jurídicas completamente independientes y distintas, que son aplicadas por autoridades diferentes, tienen una naturaleza jurídica diversa, pertenecen a cuerpos normativos separados y persiguen fines específicos disímiles (aunque las dos se enmarcan, en general, dentro de los instrumentos jurídicos para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada). Por lo tanto, los elementos esenciales y característicos de cada figura no pueden trasladarse o extrapolarse a la otra, por analogía, por extensión o de otra manera.

Remítase a la ministra de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ NAVAS

Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA

Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
VARGAS

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

