

Algunas reflexiones en torno a las inhabilidades para contratar con el Estado

Junio 2021



CONTENIDO

1. La principal norma relevante para este análisis: literal j), # 1° Art 8 ley 80 de 1993.....	3
2. Las posibles interpretaciones de la norma vigente respecto de inhabilitados indirectos o por contagio.....	4
3. Nuestra interpretación de las normas vigentes	20
4. Nuestra propuesta de reforma al Congreso de La República.....	39
5. CMS Rodríguez-Azuero.....	40
6. Contacto	41



Por años, quienes nos hemos dedicado a la contratación estatal y al *Compliance*, hemos estado sometidos a una total inseguridad jurídica en relación con la interpretación de las normas en materia de inhabilidades para contratar con el Estado, gracias a la confusión del legislador (entendido en sentido amplio e incluyendo al ejecutivo al expedir decretos reglamentarios) y a su ausencia de técnica jurídica. Estas normas han suscitado y suscitan hoy múltiples problemas al ser aplicadas en la práctica, y muchas preguntas imposibles de responder con certeza siquiera razonable.

El presente análisis en materia de inhabilidades es tan sólo uno de los muchos que se han suscitado y se requieren a propósito y como consecuencia de una deficiente redacción de las normas vigentes aplicables, y la ausencia de regulación sistemática y ordenada en la materia.

1. La principal norma relevante para este análisis: literal j), # 1° Art 8 ley 80 de 1993

Aunque son varias las normas que requieren comentarios y han generado toda suerte de debates y discusiones en materia de inhabilidades para contratar con el Estado, nos limitaremos en esta oportunidad a referirnos al literal j) del numeral 1° del artículo 8 de la ley 80 de 1993. Dicha norma ha sufrido múltiples modificaciones desde su expedición, la última de las cuales mediante la ley 2014 de 2019, como resultado de lo cual el texto vigente a la fecha de publicación de estas notas es el siguiente:



“Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

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

“Esta inhabilidad 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, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

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

"La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal." (subrayas fuera de texto)¹

De la lectura de las normas anteriores, puede apreciarse una división en al menos dos grandes grupos, a saber: (i) aquellas inhabilidades que le aplican a una persona natural o jurídica como consecuencia directa de una decisión judicial o administrativa en su contra, como sucedería si por ejemplo una persona natural es declarada responsable judicialmente por la comisión de un delito contra la administración pública, o una jurídica que es declarada responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional. A estas primeras, para efectos de este escrito, las llamaremos **inhabilidades directas** y, a quienes la sufren, **inhabilitados directos**. Por otra parte se encuentran (ii) aquellas inhabilidades que se le aplican a una persona jurídica, como resultado de la relación que tenga con un inhabilitado directo, como le sucedería por ejemplo a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores. A estas, para efectos de este escrito, las llamaremos **inhabilidades indirectas o por contagio** y, a quienes la sufren, **inhabilitados indirectos o por contagio**.

2. Las posibles interpretaciones de la norma vigente respecto de inhabilitados indirectos o por contagio

» a) Alcance limitado del análisis

Tal como lo advertimos en la sección anterior, los comentarios objeto del presente escrito se limitan a unos pocos de los muchos temas que suscitan debate y requieren reflexión en materia de inhabilidades y, este es, a no dudarlo, el tema central en el que quisiéramos enfocar la atención: **los inhabilitados indirectos o por contagio**. Es decir, dejamos de lado casi por completo el análisis de las inhabilidades directas o de los inhabilitados directos.

Pero adicionalmente, incluso respecto de los propios inhabilitados indirectos, omitimos múltiples análisis y reflexiones importantes que deben hacerse sobre los distintos tipos y categorías de "contagiados" y, respecto de estos, posibles interpretaciones que se requerirían para articular el literal j), numeral 1, artículo 8 de la ley 80 de 1993 con la ley 1778 de 2016 y otras normas.

En esa medida y hechas las anteriores salvedades, nos limitaremos acá a analizar la inhabilidad indirecta o por contagio de sociedades y de sucursales de sociedades extranjeras, como consecuencia de su

¹ De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 9 de la ley 80 d 1003, sobre inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, también modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, "Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo", como sucede con otro tipo de inhabilidades. Lo que sucederá en este caso, es que "La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil." Y "Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato."

vínculo con un inhabilitado directo y, a expresar una posición sobre el momento en el que el vínculo entre un inhabilitado directo es relevante y genera contagio o inhabilidades indirectas. A pesar de ello, haremos algunos comentarios sobre la inhabilitación por soborno transnacional y la forma correcta de interpretarla (que difiere de la respetable tesis del Consejo de Estado).

Como marco de la discusión, adviértase que con base en el tantas veces citado literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, las inhabilidades directas *“se extenderá[n] 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, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.”* (subrayas fuera de texto) Así mismo, *“se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.”* (subrayas fuera de texto)

En otras palabras, con base en la norma anterior, siempre que una persona natural haya sido declarada responsable judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, esa persona quedará inhabilitada (directamente), y dicha inhabilitación directa contagiará o se extenderá a todas las personas jurídicas que “tengan” o “hayan tenido” uno de aquellos vínculos previstos por la ley, con la persona inhabilitada directamente.

Y justamente el análisis se centra en determinar, si las sociedades contaminadas son aquellas que tenían un vínculo con el inhabilitado directo antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilitación, cuando ocurrieron esos hechos, cuando haya sido declarada responsable judicialmente, o con posterioridad. Análisis distinto o al menos complementario se requiere, respecto de las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional, sobre el que haremos un comentario más adelante. Respecto de este último escenario, se trata de inhabilidades directas y no por contagio.

» b) Importancia del análisis

Las múltiples interpretaciones posibles han suscitado complejos debates en el país, algunos de los cuales en operaciones de la mayor importancia para la economía, que han resultado en opiniones diversas por parte de abogados expertos en contratación estatal, cumplimiento y derecho penal.

La ausencia de una respuesta clara, consistente y razonablemente correcta a la luz de las normas vigentes, constituyen una inseguridad jurídica con efectos económicos incalculables.

Ha sido de tal naturaleza la ausencia de seguridad jurídica en esta materia, que en nuestra práctica privada (en donde por años hemos participado en muchas discusiones profesionales, dado opiniones legales y emitido conceptos y memorandos sobre este tema), nos hemos encontrado con múltiples y muy diversas posiciones de colegas que nos merecen respeto y credibilidad profesional.



c) Interpretación correcta para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según Concepto del 16 de diciembre de 2019

La discusión sobre el tema objeto de este análisis es tal, que fue objeto de una reciente consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entidad que, con respecto a las diferentes interpretaciones, en concepto del 16 de diciembre de 2019 sostuvo lo siguiente que resulta ilustrativo:



“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. (...)

“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.(...)”

“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.

“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. (...)

“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 1 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 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:

"a) 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

"b) 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:

"a) 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

"b) 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 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.” (todas las subrayas fuera de texto)

En primer lugar, creemos que el Consejo de Estado logró enfocarse en los problemas jurídicos correctos, a pesar de la incorrecta formulación de los mismos por parte de quienes hicieron la consulta.

Dicho eso, a pesar de algunos comentarios de fondo que merece el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, coincidimos en lo fundamental con los apartes citados y, en esa medida, con la interpretación que hizo la corporación de la norma vigente en el momento de emitir el concepto.

Sin embargo, dicha interpretación estaría incompleta y quizá no funcionaría a la luz del Decreto 1358 de 2020, que fue expedido con posterioridad a este Concepto.



d) Interpretación correcta para el Gobierno Nacional, según el Decreto 1358 de 2020

i. Vigencia, efectos y relevancia del Decreto para la interpretación de la ley 80 de 1993

Recientemente el Ministerio de Justicia expidió el Decreto 1358 de 2020, mediante el cual reglamentó el artículo bajo análisis de la ley 80 de 1993, particularmente, en relación con la *“materialización, registro y publicidad de la inhabilidad para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales”*. Dicho decreto a su turno, modificó el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

Con este Decreto, expedido con posterioridad al Concepto citado anteriormente del Consejo de Estado, el Gobierno Nacional adoptó, en ejercicio de su potestad reglamentaria, una de las posibles interpretaciones del literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993.

Es fundamental advertir de manera general y como marco para comprender el alcance, que la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para que, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, desarrolle, precise y detalle las reglas y principios fijados en la ley, para permitir su aplicación y garantizar que pueda ejecutarse adecuadamente.

Naturalmente, la potestad reglamentaria tiene sus límites naturales en la “competencia” misma del Gobierno Nacional y en la “necesidad” de la reglamentación. En efecto y en términos generales, el ejercicio de la potestad reglamentaria está subordinado a la ley, desde un punto de vista jerárquico y sustancial, por lo que un reglamento no puede modificar, ampliar o restringir la ley que desarrolla en cuanto a su contenido material o alcance y, el ejercicio de la potestad reglamentaria se ve limitado o incluso es imposible de ejercer cuando una ley incorpora disposiciones precisas y claras que no requieren de reglamentación para su ejecución. En este sentido, podría decirse que el Gobierno Nacional sólo puede ejercer la potestad reglamentaria cuando ella sea necesaria.

En suma, debe entenderse que el Decreto 1358 de 2020 desarrolla, precisa y detalla lo que dice la ley 80 de 1993 en este punto. Es, a no dudarlo, una fuente del derecho de especial importancia en la determinación del alcance e interpretación de la ley que reglamenta.

Ahora bien, tal como lo ha advertido el Consejo de Estado, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo judicialmente, declaratoria que por regla general retrotrae los efectos producidos por el acto anulado.

Por lo demás, de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, mientras esto no haya ocurrido el Decreto se presume legal y deberá ser aplicado².

Adicionalmente, en virtud del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la administración podrá revocar directamente el acto administrativo, al advertir que va en contra o se opone a la Constitución Política o a la ley, caso en el cual el acto administrativo igualmente saldría del ordenamiento jurídico. Naturalmente, tratándose de un decreto, la administración contaría con la herramienta evidente de derogar el decreto mediante otro decreto.

ii. Posición interpretativa adoptada por el Gobierno Nacional

En términos generales, el Decreto se divide en (i) medidas respecto de inhabilidades resultantes o relacionadas con sentencias penales condenatorias y sanciones administrativas proferidas por autoridades extranjeras, y (ii) medidas respecto de inhabilidades resultantes o relacionadas con sentencias proferidas por jueces penales colombianos. A su turno, trae provisiones para personas naturales y jurídicas.

² Respecto de la expedición de un reglamento sobre una materia sometida a reserva de Ley, la Corte Constitucional ha desarrollado una teoría que la doctrina ha denominado la “ineficacia de los actos administrativos”, respecto de la cual afirma que, si bien la legalidad del acto debe discutirse en sede judicial, su aplicabilidad se ve viciada por una ausencia de autorización para regular determinada materia. No obstante, este asunto no será tenido en consideración en el presente análisis, pues únicamente conocemos dos casos en fallos de tutela en los que se ha desarrollado conceptualmente la teoría de la ineficacia de los actos administrativos y no conocemos casos prácticos o al menos no estamos al tanto de que se haya aplicado en sede administrativa, por lo que no es posible considerarlo como un precedente en materia.

Decisiones de autoridades extranjeras

En cuanto a las **decisiones extranjeras**, el artículo 2.2.3.2.3.1 del Decreto 1358 de 2020 establece que *“Cuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado advierta la posible inhabilidad de un proponente en los términos del literal j del artículo 8 de la ley 80 de 1993, dicha entidad pedirá formalmente al Ministerio de Relaciones Exteriores que solicite a través de canal diplomático las sentencias penales o sanciones administrativas proferidas en contra de dichas personas naturales y/o jurídicas que se presumen inmersas en las conductas contempladas en el literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así como los actos administrativos que declaran la responsabilidad de personas jurídicas por conductas de soborno transnacional. (...) (subrayas fuera de texto)*

De conformidad con el artículo 2.2.3.2.3.2 del Decreto 1358 de 2020, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de las decisiones anteriores por parte del Ministro de Relaciones Exteriores, esta entidad deberá remitirlas a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

a) Decisiones extranjeras contra personas naturales

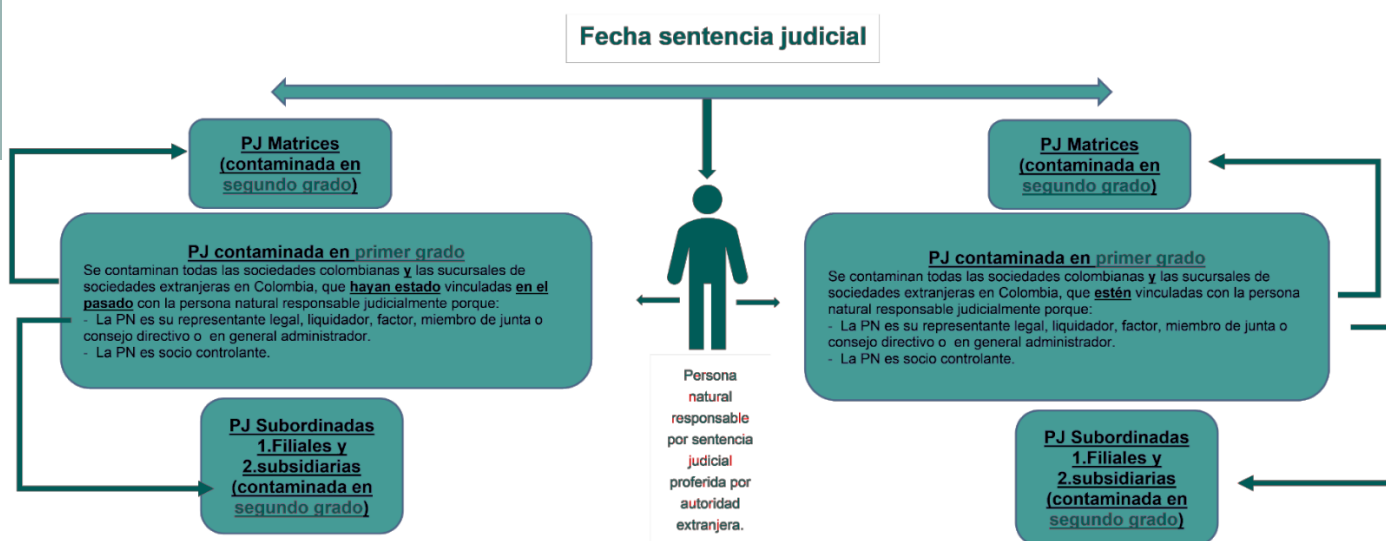
De conformidad con el artículo 2.2.3.2.3.2 del decreto 1358 de 2020, con base en la información recibida del Ministerio de Relaciones Exteriores, *“Cuando se trate de sentencias judiciales proferidas contra personas naturales, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado requerirá a la Cámara de Comercio respectiva para que ésta, en un término de diez (10) días hábiles, **informe acerca de las sociedades y las sucursales de sociedades extranjeras respecto de las cuales la persona natural declarada judicialmente responsable, actúa o ha actuado en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante**, así como las matrices y subordinadas de las mismas.*

“La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitará a la Cámara de Comercio del respectivo domicilio de la persona jurídica relacionada con la persona natural condenada a través de las modalidades establecidas en el inciso precedente, que inscriba en el Registro Único de Proponentes (RUP) de dichas sociedades, la siguiente mención: ‘En aplicación del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, esta persona jurídica se encuentra inhabilitada para participar en licitaciones y celebrar contratos con el Estado Colombiano desde (la fecha de la resolución administrativa sancionatoria o de la sentencia penal condenatoria correspondiente)’. En el paréntesis se debe incluir la fecha a partir de la cual rige la sanción.”

Con base en el decreto 1358 de 2020 entonces, las personas naturales inhabilitadas directas, como consecuencia de sentencias penales proferidas en contra de dichas personas naturales que se presumen inmersas en las conductas contempladas en el literal j), contaminarán con la inhabilidad, permanentemente, a **todas** las sociedades y las sucursales de sociedades extranjeras, respecto de las cuales la persona natural declarada judicialmente responsable, (i) **actúe en el momento en que** la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado requiera a la Cámara de Comercio del domicilio principal, en calidad de administrador o socio controlante, así como las matrices y subordinadas de las mismas y (ii) haya actuado en el pasado, en cualquier momento, en la misma calidad y respecto de las mismas entidades. Y a pesar de que

el decreto 1358 de 2020 no dice nada sobre los vínculos futuros, en la medida que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede requerir a las Cámaras de Comercio en cualquier momento, es evidente que según el decreto, serán contaminantes los vínculos futuros.

En suma, para responder el problema jurídico en los mismos términos en que lo hemos formulado, **con base en el Decreto 1358 de 2020 vigente** a la fecha de este escrito, las sociedades contaminadas serán aquellas que **tenían** un vínculo con el inhabilitado directo **antes de que ocurrieran los hechos** que llevaron a la inhabilitación, **cuando ocurrieron esos hechos, cuando haya sido declarada responsable judicialmente**, y **con posterioridad**, lo cual me he permitido explicar con el siguiente gráfico:



Sobre el cuadro anterior y los siguientes, vale la pena para quien tenga algún interés especial en las matrices y subordinadas, revisar el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 16 de diciembre de 2019, en el cual la sala hace un interesante análisis de hermenéutica jurídica que da luces sobre la forma en que la norma objeto de análisis debe interpretarse. Nosotros por nuestra parte como explicamos abajo, coincidimos en lo sustancial con la interpretación del Consejo de Estado.

b) Decisiones extranjeras contra personas jurídicas

De conformidad con el artículo 2.2.3.2.3.2 del Decreto 1358 de 2020, con base en la información recibida del Ministerio de Relaciones Exteriores, pero respecto de sanciones administrativas proferidas contra personas jurídicas, *"la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitará a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica sancionada, así como de su matriz y subordinadas, cuando fuere el caso, para que dicha Cámara de Comercio inscriba en el Registro Único de Proponentes (RUP) la siguiente mención: 'En aplicación del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, esta persona jurídica se encuentra inhabilitada para participar en licitaciones y celebrar contratos con el Estado Colombiano desde (la fecha de la*

resolución administrativa sancionatoria o de la sentencia penal condenatoria correspondiente)'. En el paréntesis se debe incluir la fecha a partir de la cual rige la sanción."

Con base en el decreto 1358 de 2020 entonces, las personas jurídicas inhabilitadas directas, como consecuencia de sanciones administrativas proferidas en su contra por conductas de soborno transnacional, contaminarán con la inhabilidad, permanentemente, a su matriz y a sus subordinadas, lo cual me he permitido explicar con el siguiente gráfico:



La posición adoptada por el Gobierno Nacional en este punto es abiertamente contraria a la ley. En efecto, pasa por alto la hipótesis más evidente, y es aquella en virtud de la cual la persona jurídica inhabilitada directamente, es controlante o administradora de otra u otras sociedades, caso en el cual por expresa disposición legal, la inhabilidad de la inhabilitada directa (por soborno transnacional), contamina con inhabilidad a las sociedades de las que es socio controlante o administrador. Quizá sin quererlo, el Gobierno Nacional terminó extendiendo la inhabilidad a las controladas por vía de las subsidiarias. Sobra decir, por si llegara a surgir la duda, que no existen dudas hoy sobre la posibilidad de que una persona jurídica sea administrador de otra persona jurídica (como representante legal o miembro de junta por ejemplo). Y como si fuera poco, o quizá por el primer error, confunde el Gobierno Nacional la forma en que se ven afectadas las matrices y subordinadas con base en la ley, tema sobre el cual también tendré la oportunidad de hacer un comentario adelante.

Ahora bien, en cuanto al problema jurídico que hemos formulado, sobre si los **vínculos relevantes** entre la persona inhabilitada directa por soborno transnacional y las sociedades contaminadas o potencialmente contaminadas, son los que existían **antes de que ocurrieran los hechos** que llevaron a la inhabilidad, **cuando ocurrieron esos hechos**, **cuando haya sido declarada responsable administrativamente**, o **con posterioridad, con base en el decreto vigente no sería ninguna de las anteriores**. De hecho, con base el texto de la norma vigente, quedarán inhabilitadas por contagio, las sociedades matrices y subordinadas que

tuvieran un vínculo con la persona inhabilitada directa por soborno transnacional, **en la fecha de la inscripción de la inhabilitación por contagio en el RUP**, hipótesis de hecho que no tiene ningún sentido y, claramente, no fue siquiera contemplado por la ley objeto de reglamento.

Finalmente, con base el texto de la norma vigente, quedarán inhabilitadas por contagio, **no** las sociedades en las que la sociedad inhabilitada sea **socio controlante** o **administrador** **sino** su **matrices** y **subordinadas**, lo cual no tiene ninguna explicación, o al menos no cuenta con ningún soporte normativo, pues la norma es clara (y en pocas cosas es clara), en cuanto al contagio que generan las sociedades inhabilitadas directamente por soborno transnacional, respecto de las sociedades en las cuales son socios controlantes o administradores.

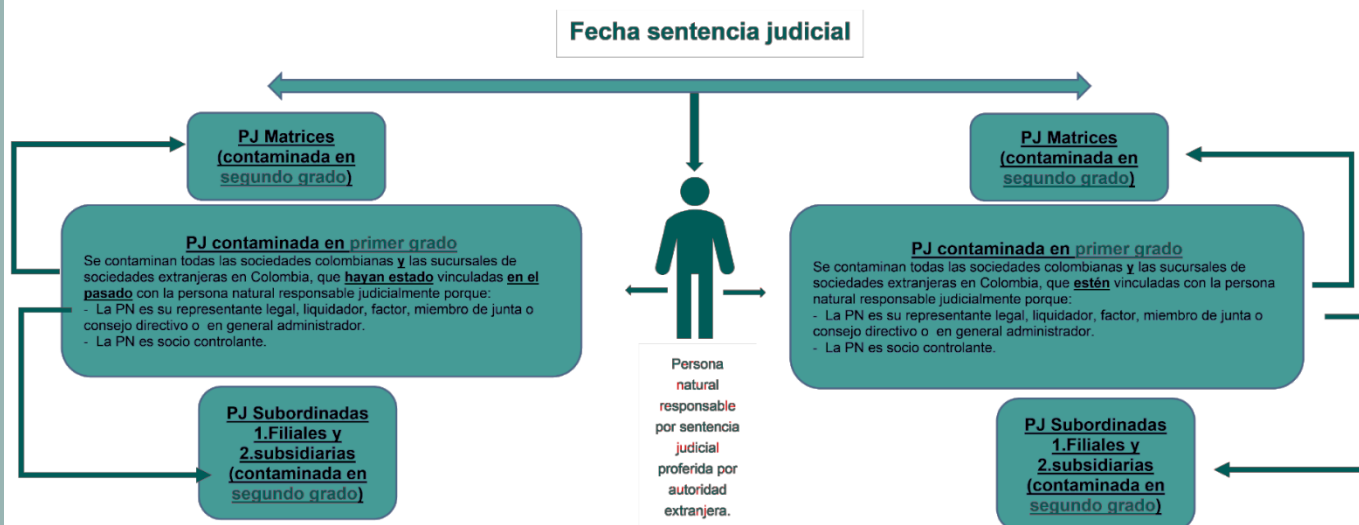


Sentencias de jueces penales colombianos contra personas naturales

De conformidad con el artículo 2.2.3.2.3.3 del Decreto 1358 de 2020, *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.5. 7 del Decreto 1082 de 2015, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tomará las medidas necesarias para que, mediante la integración o interacción del Sistema Único de Gestión e Información de la actividad litigiosa de la Nación con el Sistema de Información de la Rama Judicial, se obtengan las sentencias condenatorias en primera instancia, contra personas naturales que hayan cometido delitos contra la Administración Pública o cualquiera de los delitos contemplados en la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias.*

“Una vez la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cuente con las sentencias judiciales proferidas contra personas naturales, requerirá la Cámara de Comercio para que esta, en un término de diez (10) días hábiles, informe las sociedades y las sucursales de sociedades extranjeras respecto de las cuales la persona natural condenada actúa o ha actuado en de calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante, así como las matrices y subordinadas de las mismas. Una vez se cuente con dicha información, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitará a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica relacionada, que inscriba en el Registro Único de Proponentes (RUP) de dichas sociedades, la siguiente mención: ‘En aplicación del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, esta persona jurídica se encuentra inhabilitada para contratar con el Estado Colombiano desde (la fecha de expedición de la sentencia penal condenatoria correspondiente)’. En el paréntesis se debe incluir la fecha a partir de la cual rige la sanción.”

Con base en el decreto 1358 de 2020 entonces, las personas naturales inhabilitadas directas, como consecuencia de sentencias proferidas en su contra por jueces penales colombianos, por los delitos relevantes, **contaminarán con la inhabilitación, permanentemente, a todas las sociedades** que **tenían** un vínculo con el inhabilitado directo **antes de que ocurrieran los hechos** que llevaron a la inhabilitación, **cuando ocurrieron esos hechos**, **cuando haya sido declarada responsable judicialmente**, y **con posterioridad**, lo cual me he permitido explicar con el siguiente gráfico:



Sobre el cuadro anterior y los siguientes, vale la pena para quien tenga algún interés especial en las matrices y subordinadas, revisar el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 16 de diciembre de 2019, en el cual la sala hace un interesante análisis de hermenéutica jurídica que da luces sobre la forma en que la norma objeto de análisis debe interpretarse. Nosotros por nuestra parte como explicaremos más adelante, coincidimos en lo sustancial con la interpretación del Consejo de Estado en este punto.

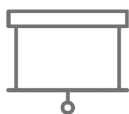


Sanciones administrativas contra personas jurídicas por soborno transnacional bajo ley 1778 de 2016

En primer lugar, resulta francamente incomprensible que el Decreto hubiera pasado por alto del todo, las inhabilidades por contagio, en primer y segundo grado, de las sociedades relacionadas con las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables por soborno transnacional por parte de la Superintendencia de Sociedades. Es decir, con base en el Decreto, la inhabilidad de las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables por soborno transnacional por parte de la Superintendencia de Sociedades, no contagia a nadie, lo cual es inexplicable con base en la ley y el resto del decreto. Como consecuencia de esta inexplicable omisión, el Decreto creó entre otros un evidente e ilegal contraste entre (i) las contaminaciones generadas por las sociedades inhabilitadas directamente, como consecuencia de sanciones impuestas por la Superintendencia de Sociedades en el marco de la responsabilidad por soborno transnacional, y (ii) las contaminaciones generadas por las sociedades inhabilitadas directamente, como consecuencia de sanciones impuestas por autoridades extranjeras en el marco de la responsabilidad por soborno transnacional.

Por otra parte, respecto de dichas sociedades, el Gobierno Nacional parece haber adoptado, mediante el Decreto 1358 de 2020, una tesis según la cual, dichas personas jurídicas responsables sólo tendrán inhabilidad para contratar, cuando la Superintendencia de Sociedades así lo haya

decidido (como sanción), y por el plazo establecido por la Superintendencia de Sociedades. Es decir, rechazó aquella tesis sostenida por el Consejo de Estado en el concepto tantas veces mencionado (y por algunos de mis queridos colegas), según la cual la inhabilidad es automática (por el sólo hecho de la decisión de responsabilidad administrativa por soborno transnacional) y permanente, con base en la última parte del literal j) objeto de análisis. Y digo que parece haber adoptado la posición explicada, pues la redacción de la primera parte del artículo 2.2.3.2.3.4 del Decreto 1358 de 2020, podría interpretarse en el sentido que la sola declaratoria de responsabilidad administrativa por haber incurrido en la conducta de soborno transnacional, por parte de la Superintendencia de Sociedades, tendrá por efecto la inhabilidad. Sin embargo, en la medida que la norma agrega que *“el plazo de la inhabilidad será el que haya impuesto esa entidad con fundamento en el procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 5°”*, es evidente que la inhabilidad dependerá de que la imponga la Superintendencia de Sociedades y por el plazo que esta lo haga, hasta por veinte (20) años. Aun cuando aplaudimos la posición del Gobierno Nacional y del Decreto, en este punto, la norma no reguló ni previó qué sociedades se contaminarían, por su vínculo con las personas jurídicas inhabilitadas en el marco de decisiones de responsabilidad administrativa por soborno transnacional, a pesar de que el literal j) claramente establece que estas sociedades (responsables por sobornos transnacional), contaminan a las sociedades de las cuales son controlantes o administradores. Vale la pena advertir, que el Decreto si reguló las contaminaciones respecto de las decisiones de autoridades extranjeras por soborno transnacional.



Conclusión sobre la interpretación del Gobierno Nacional, según el decreto 1358 de 2020

Volviendo a las posibles interpretaciones del literal j), del numeral 1 del artículo 8 ley 80 de 1993, en cuanto a la pregunta de si las sociedades contaminadas son aquellas que tenían un vínculo **con el inhabilitado directo** antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilidad del inhabilitado directo, cuando ocurrieron esos hechos, en el momento en que se haya configurado la inhabilidad, o con posterioridad a ese momento, la interpretación del Gobierno Nacional, expresada en el Decreto 1358 de 2020 vigente, la resumo en el siguiente cuadro:

Decisiones de autoridades extranjeras					
Cuando el inhabilitado directo es una persona natural		Vínculo relevante			
		El vínculo relevante entre la persona natural o jurídica inhabilitada directamente y las sociedades contaminadas en primer grado es el que existía:			
		Antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	Cuando ocurrieron los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	En el momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)	Con posterioridad al momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)
Contagiada	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era socio controlante ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era administrador ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Matrices de las inhabilitadas indirectas en primer grado				
	Subordinadas de las inhabilitadas indirectas en primer grado				



Decisiones de autoridades extranjeras					
Cuando el inhabilitado directo es una persona jurídica		Vínculo relevante			
		El vínculo relevante entre la persona natural o jurídica inhabilitada directamente y las sociedades contaminadas en primer grado es el que existía:			
		Antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	Cuando ocurrieron los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	En el momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)	Con posterioridad al momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)
Contagiada	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era socio controlante ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era administrador ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Matrices de las inhabilitadas indirectas en primer grado				
	Subordinadas de las inhabilitadas indirectas en primer grado				



Sentencias de jueces penales colombianos					
Cuando el inhabilitado directo es una persona natural		Vínculo relevante			
		El vínculo relevante entre la persona natural o jurídica inhabilitada directamente y las sociedades contaminadas en primer grado es el que existía:			
		Antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	Cuando ocurrieron los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	En el momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)	Con posterioridad al momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)
Contagiada	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era socio controlante ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era administrador ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Matrices de las inhabilitadas indirectas en primer grado				
	Subordinadas de las inhabilitadas indirectas en primer grado				



Decisiones de la Superintendencia de Sociedades por soborno transnacional					
Cuando el inhabilitado directo es una persona jurídica		Vínculo relevante			
		El vínculo relevante entre la persona natural o jurídica inhabilitada directamente y las sociedades contaminadas en primer grado es el que existía:			
		Antes de que ocurrieran los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	Cuando ocurrieron los hechos que llevaron a la inhabilitación del inhabilitado directo.	En el momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)	Con posterioridad al momento en que se haya configurado la inhabilitación (fecha sentencia o acto administrativo)
Contagiada	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era socio controlante ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Sociedades respecto de las cuales la persona natural era administrador ("inhabilitadas indirectas en primer grado")				
	Matrices de las inhabilitadas indirectas en primer grado				
	Subordinadas de las inhabilitadas indirectas en primer grado				

Ahora bien, de nuevo, independientemente de que coincidamos o no con la posición adoptada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1358 de 2020 (que no lo hacemos), mientras que el mismo no haya sido anulado, sus efectos no hayan sido suspendidos, no haya sido revocado o derogado, queda poco espacio para interpretar el régimen vigente en materia de inhabilitaciones del literal j), del numeral 1 del artículo 8 ley 80 de 1993, pues a pesar de ser una norma altamente inconveniente y ciertamente generar un riesgo "sistémico" grave para algunas industrias en el país, la norma es relativamente clara.

Ahora bien, si el Gobierno Nacional no toma la buena decisión de revocarlo directamente o derogarlo, el Decreto podría ser anulado si un juez de lo Contencioso Administrativo considerase

que es contrario a la ley que reglamentó. Mientras ello no ocurra, como lo advertimos atrás, dicha norma se “presume legal”.

Pero incluso si se acudiera a los tribunales de lo contencioso administrativo intentando la nulidad del decreto, no es evidente en nuestra opinión que resulte exitosa esa vía, pues la norma que reglamenta (ley 80 de 1993), permitiría una interpretación como la que ha adoptado el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1358 de 2020, al menos en su mayor parte. Es decir, la posible ilegalidad no resulta tan evidente salvo en algunas hipótesis de la norma.

3. Nuestra interpretación de las normas vigentes

a) Algunas clasificaciones y principios de hermenéutica relevantes

i. Sanciones o prohibiciones

Existen como lo hemos presentado atrás, varias inhabilidades para contratar con el Estado y, varias son las clasificaciones posibles. Bajo una de tales clasificaciones, las inhabilidades pueden dividirse en aquellas que constituyen una **sanción** y que resultan de la potestad sancionatoria de una autoridad que las impone dentro de cierto procedimiento, y aquellas que constituyen una **prohibición** para el inhabilitado, que no resultan del ejercicio de una facultad sancionatoria de ninguna autoridad imponiendo la inhabilidad, sino de la simple configuración de una situación fáctica.

Tal como lo advirtió el Consejo de Estado en el concepto tantas veces mencionado, se han suscitado algunas discusiones en torno a la naturaleza sancionatoria de las inhabilidades. Al efecto advierte, que las mismas pueden clasificarse, por un lado en inhabilidades cuya naturaleza es sancionatoria, pues tiene por objeto castigar un comportamiento ilegal o incorrecto y, por otro, inhabilidades cuya naturaleza es una prohibición, restricción o limitación para contratar con el Estado, pero que no constituyen una sanción impuesta por una autoridad.

Así, existen inhabilidades que tienen la naturaleza de ser sanciones “que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria, evento en el cual las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general”³. Así, este tipo de inhabilidades castigan a una persona (natural o jurídica) por haber cometido una conducta reprochable, sanción que consiste en la prohibición de contratar con el Estado por todo el tiempo que dure la inhabilidad directa. Este es el caso, por ejemplo, de las inhabilidades consagradas específicamente como sanciones en el Código Penal, en el Código Disciplinario Único o en la ley 1778 de 2016, aunque el Consejo de Estado parece tener una opinión distinta sobre la inhabilidad prevista en esta última norma, con base en el texto vigente cuando se pronunció, pero que resulta plenamente aplicable al actual texto del literal j) como fue modificado por la ley 2014 de 2019.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio. 20 de mayo de 2009.

Por otro lado, las inhabilidades que tienen naturaleza de prohibición, le impiden al inhabilitado contratar con el Estado, pero no como consecuencia de una sanción impuesta por una autoridad, sino por la configuración de una situación de hecho específica como por ejemplo, que se haya condenado a una persona por ciertos delitos (lo cual es un hecho) y que la persona condenada haya estado o esté vinculada con una persona jurídica (lo cual también es un hecho).

Quizá vale la pena advertir que, en nuestra opinión, aun cuando no es un tema pacífico, más que una diferenciación por el efecto u objeto de la inhabilidad (sancionar o no), esta clasificación debería darse entre aquellas inhabilidades que se imponen a un sujeto de derecho por una autoridad, mediante sentencia u acto administrativo, y las que por el contrario, surgen como consecuencia del acaecimiento de ciertas circunstancias de hecho. Pero en uno y otro caso, el sujeto afectado por la inhabilidad termina resultando limitado por una prohibición.

Y el Consejo de Estado reconoce, al igual que parecería haberlo hecho la Corte Constitucional en algunos precedentes, que independientemente de su origen, o de si llegase a clasificarse como sanción o prohibición, todas las inhabilidades podrían entenderse en sentido amplio como sanciones, *“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.”*⁴

ii. **Derecho a la defensa de los inhabilitados indirectos como garantía del debido proceso**

Tal como lo anotamos atrás, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han reconocido, que independientemente de su origen, o de si llegase a clasificarse como sanción o prohibición, todas las inhabilidades podrían entenderse en sentido amplio como sanciones, *“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.”*⁵

Bajo algunas de las posibles interpretaciones del literal j), la vigente por cierto conforme al Decreto 1358 de 2020, podría entenderse que los inhabilitados indirectos, como por ejemplo las sociedades que hubieran tenido en algún momento de su existencia a un inhabilitado directo como administrador, quedarán *“condenados”* a no contratar con el Estado por el mismo término de la inhabilidad directa. Y esa sanción, en sentido amplio, obedece en una circunstancia de hecho que nada tiene de tachable o cuestionable: haber tenido un vínculo con un inhabilitado directo.

E independientemente de clasificaciones dogmáticas o académicas, lo cierto es que los inhabilitados indirectos terminan siendo sujetos de derecho afectados por la sanción aplicable al inhabilitado directo. A no dudarlo. Sin embargo, a diferencia de los últimos, los inhabilitados indirectos no tienen ninguna oportunidad de conocer las circunstancias de hecho y derecho relacionadas con la inhabilidad, no tienen la posibilidad de ser oídas, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en su contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio. Concepto del 16 de diciembre de 2019. Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. Radicado 110010306000201900129-00.

⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto del 16 de diciembre de 2019.

La Corte Constitucional en Sentencia C-025 de 2009, en similar sentido al que se ha pronunciado en muchas otras decisiones, advirtió que *“Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.”*

Así las cosas, si llegara a triunfar la tesis del Gobierno Nacional, expresada en el Decreto 1358 de 2020, muchas sociedades terminarían asumiendo las consecuencias de una sanción impuesta a un tercero (inhabilitado directo), aun si no existiera ningún acto u omisión reproachable de su parte, o incluso si hubiera actuado de manera diligente para evitar las conductas, y por la sola circunstancia de vincularse o haber estado vinculado con la persona inhabilitada, incluso en momentos ajenos a las conductas que llevaron a la sanción impuesta al inhabilitado directo, sin importar la duración ni relevancia de dicha vinculación (por ejemplo un (1) día como representante legal). Ello sería simplemente aberrante y aterrador en un estado de derecho.

iii. Normas restrictivas deben interpretarse de manera restrictiva

De conformidad con el artículo 31 del Código Civil *“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.”*

En diversas intervenciones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, la Procuraduría y el Consejo de Estado, se han manifestado sobre la interpretación restrictiva de normas penales, disciplinarias y sancionatorias.

Así por ejemplo, según lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012 *“(...) luego de una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en materia penal, particularmente sobre la importancia del principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político, la Corte enunció las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad: 1. La prohibición de la analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta); 2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (nullum crimen, nulla poena sine lege scripta); 3. La prohibición de la retroactividad (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia); 4. La prohibición de delitos y penas indeterminados (nullum crimen, nulla poena sine lege certa); 5. El principio de lesividad del acto (nulla lex poenalis sine iniuria); 6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (nullum crimen sine necessitate). 7. El derecho penal de acto y no de autor.”*

Ahora bien, el Consejo de Estado, acerca de una disyuntiva sobre la celebración de contratos y las inhabilidades, manifestó acerca de la interpretación de la norma así: *“(...) En consecuencia, la norma en su conjunto es clara y el trabajo de hermenéutica jurídica no puede dar pie a una interpretación de tipo extensivo, sino del todo restrictiva. La aplicación de los principios básicos de interpretación jurídica lo vislumbra claramente. El artículo 27 del Código Civil dispone: ‘Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu...’ El artículo 28 del mismo dispone: ‘Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y*

obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se le dará en éstas su significado legal'. El artículo 30 del mismo cuerpo normativo, refiriéndose a la interpretación sistemática dispone: 'El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía...' y por último, el artículo 31, en relación con la interpretación extensiva, dispone: 'Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.' De conformidad con lo anteriormente expuesto, para la Sala, en el caso particular, la interpretación restrictiva de la norma estudiada es la única vía que salvaguarda los principios de interpretación jurídica que gobiernan nuestro sistema jurídico."

En similar sentido la Procuraduría ha manifestado que, "Sobre el tema de la restricción en la labor interpretativa, esta Delegada siempre ha puesto de presente en sus escritos de intervención ante esa H. Corporación que ella debe ser la guía de la labor del operador judicial porque este constituye: una de las reglas de hermenéutica jurídica; dado el tema que se analiza que corresponde a un régimen de excepciones -las inhabilidades lo son-, que limita el ejercicio de derechos fundamentales 'éste debe ser interpretado de conformidad con la regla de hermenéutica que enseña que en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición.'"

Por otra parte, el Consejo de Estado ha manifestado que en situaciones en que a una norma prohibitiva se le hubiera aplicado una interpretación expansiva, se estaría contrariando a la constitución y jurisprudencia de las Cortes del territorio colombiano. Puesto que, "(...) en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición."

Por último, la Corte Suprema de Justicia (Casación de diciembre de 1898, XIV, 92) ha manifestado que, "(...) cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, toda vez que según expuso la misma Corporación (Acuerdo, 29 de septiembre de 1917. XXVI, 154) el principio de hermenéutica jurídica estatuye que las disposiciones de carácter excepcional, en materias que no sean penales, deben interpretarse restrictivamente por causa de su previsión y exactitud para efectos de no extender una excepción más allá de los límites indicados en ella o para no reducirla hasta el punto de sustraer de su imperio casos que deben quedar comprendidos en su ámbito."

El Doctor Iván Darío Gómez Lee, en su escrito "Las reformas anticorrupción y asociaciones público-privadas" establece que el artículo 5 del Estatuto Anticorrupción consagra una inhabilidad refiriéndose a la interventoría. Acto seguido, manifiesta que, "Para la correcta aplicación de la inhabilidad bajo estudio, debe tenerse en cuenta que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades son de creación legal y de interpretación restrictiva. Por tanto, el supuesto de hecho de la norma antes mencionada, solo puede aplicarse a las situaciones allí previstas y no puede extenderse a situaciones que no fueron taxativamente señaladas en la misma."

En razón de lo anterior, aplicando el principio de interpretación en virtud del cual las normas restrictivas deben interpretarse de manera restrictiva y el tenor literal no debe desatenderse so pretexto de consultar su espíritu, podría sostenerse que la inhabilidad objeto de análisis, tal como está prevista en el actual literal j) del numeral 1) del artículo 8 de la ley 80 de 1993, no debería extenderse a las sociedades de las que hagan parte las personas inhabilitadas directamente, en

calidad de administradores o socios controlantes, ni a las sus matrices y subordinadas de estas últimas (ni en las demás hipótesis actuales de la norma), salvo temporalmente mientras que exista el vínculo relevante, y sólo desde la fecha de la sanción de inhabilidad directa respectiva.

Es decir, para responder el problema jurídico que hemos formulado, en los mismos términos planteados, los vínculos que existían entre el inhabilitado directo y sociedades, (i) antes del momento de comisión de la conducta que llevó a la inhabilidad directa, (ii) en el momento de comisión de dicha conducta, (iii) después de la comisión de la conducta pero antes de la decisión, son totalmente irrelevantes y no generan ninguna inhabilidad ni contaminación para la sociedad vinculada. Ahora bien, los vínculos existentes entre el inhabilitado directo y sociedades después de la decisión que afecta al inhabilitado directo, **SI** son relevantes y contaminantes, pero sólo temporalmente mientras que el vínculo respectivo exista.

Esta es, entre las diversas opciones que hemos formulado, la forma restrictiva en que consideramos debe interpretarse el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993.

iv. Principio de legalidad en general y de legalidad de las faltas y de las sanciones en particular

Para comprender lo que diremos en seguida, es fundamental entender que cualquier interpretación distinta a aquella restrictiva que hemos hecho en el numeral anterior, constituiría a no dudarlo una sanción.

El principio de legalidad es transversal a todo el sistema legal colombiano y se encuentra consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Según lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1037 de 2008, el principio de legalidad es aquel principio *"(...) según el cual mientras los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido, los servidores públicos sólo aquello que les está permitido"*.

Por otra parte, en cuanto al principio de legalidad de las faltas y de las sanciones en particular, aunque existe importante jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, me permito traer a cuento para efectos ilustrativos, algunos apartes de la sentencia del 5 de marzo de 2019, Consejero ponente GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR, con radicación número 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403), en virtud de la cual *"El principio de legalidad de las faltas y de las sanciones alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas."*

Así las cosas, con base en el principio de legalidad podría sostenerse que la inhabilidad objeto de análisis no debería extenderse a las sociedades en las cuales los socios de la persona jurídica inhabilitada son socios o en las que los contratistas personas naturales inhabilitados son socios, pues no existe ninguna norma que así lo establezca y todo lo que no está prohibido está permitido. Lo único que estaría prohibido, y así debería interpretarse la norma, sería contratar con el Estado mientras que exista el vínculo.

b) Un primer intento de clasificación de las inhabilidades del literal j) y de entendimiento de la norma

i. Noción preliminar: inhabilidades directas e indirectas

Aunque a estas alturas resulta obvio advertirlo, téngase en cuenta que, aun cuando la responsabilidad penal en Colombia es personal y se predica sólo respecto de personas naturales (no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas), la condena por la comisión de las conductas punibles que se señalan en el literal j), además de generar una inhabilidad para la persona natural condenada (a quien hemos denominado el inhabilitado directo), pueden también derivar en inhabilidades para ciertas personas jurídicas (inhabilitado indirecto), con las cuales la persona natural inhabilitada (inhabilitado directo)⁶ tenga ciertos vínculos jurídicos o económicos, aun cuando la persona jurídica no haya tenido participación alguna en la conducta punible⁷. Sucede lo mismo respecto de las personas jurídicas inhabilitadas directamente como consecuencia de la sanción de inhabilidad impuesta por la Superintendencia de Sociedades en el marco de un proceso de responsabilidad administrativa por soborno transnacional, que contaminan también a ciertas personas jurídicas con las que tengan ciertos vínculos jurídicos o económicos, aun cuando la persona jurídica contaminada no haya tenido participación alguna en la conducta de soborno transnacional. Ello, a pesar de la redacción del Decreto 1358 de 2020, que como advertimos atrás parecería haberse olvidado por completo de los inhabilitados indirectos, en clara violación de la ley 80 de 1993.

Las inhabilidades directas, son aquellas que le aplican a una persona natural o jurídica como consecuencia directa de una decisión judicial o administrativa en su contra, bien porque una autoridad le impuso la sanción de inhabilidad (como sucede respecto de personas jurídicas cuando la Superintendencia de Sociedades impone la sanción de inhabilidad en el marco de su decisión de responsabilidad administrativa por soborno transnacional), ya porque se le condenó penalmente a una persona natural por una conducta suya, a pesar de que la fuente no sea la sentencia misma. Por otro lado, las inhabilidades indirectas, por contagio o por extensión, son aquellas que surgen para una persona jurídica, jamás en el caso del literal j) a otra persona natural, como consecuencia o resultado de la relación que dicha persona jurídica ha tenido o tiene con un inhabilitado directo⁸.

Y uniendo esto con la clasificación anterior, lo que quiero rescatar acá para los efectos del análisis del literal j), es que mientras que los inhabilitados directos pueden verse afectados por “inhabilidades prohibición” o por “inhabilidades sanción”, tratándose de inhabilitados indirectos o por contagio, **jamás** podrán verse afectados por “inhabilidades sanción”, y **jamás** la inhabilidad será impuesta como sanción en relación con su conducta. Es decir, para efectos de la inhabilidad de los inhabilitados indirectos o por contagio, será siempre irrelevante su conducta (para efectos de la inhabilidad), pues no es eso lo que dispara la misma.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio. Concepto del 16 de diciembre de 2019. Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. Radicado 110010306000201900129-00.

⁷ La norma 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”.

⁸ De acuerdo con la Corte Constitucional con la adición del numeral j) del artículo 8 bajo análisis, el legislador hizo “*más severo el régimen de inhabilidades para la persona natural, quien seguirá inhabilitada, pero en adelante además estará impedida para la persona natural, quien seguirá inhabilitada, pero en adelante además estará impedida para valerse de las diversas formas de sociedad comercial existentes y así mantener sus vínculos con el Estado a través de un contrato, obviando la sanción proveniente de la inhabilidad que la cobija. Con la reforma introducida mediante la norma que se examina, el legislador pretende que la persona inhabilitada cumpla realmente con la sanción proveniente de la condena judicial que la declaró responsable de los delitos que allí se mencionan*” (Corte Constitucional. *Sentencia C-353 de 2009*. M.P. Jorge Iván Palacio. 20 de mayo de 2009).

ii. Inhabilidades directas de personas naturales

Las inhabilidades directas de personas naturales del literal j), surgen cuando la persona natural haya sido declarada responsable judicialmente:

- Por la comisión de delitos contra la administración pública (aunque estos no impliquen pena privativa de la libertad)⁹; o
- Por la comisión de cualquiera de los delitos o faltas contempladas en la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción); o
- Por la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia.

Aunque todos los anteriores “*delitos o conductas fuente de inhabilidades*” suscitan reflexiones, para los efectos de este escrito destaco simplemente, que mientras que los delitos y conductas delictivas resultan fácilmente identificables, las “faltas” contempladas en la ley 1474 de 2011 generan serias dificultades prácticas en materia de inhabilidades, porque la noción misma de “faltas” es amplia y puede tener diversas naturalezas. Ayuda en todo caso entender, que cualquiera de las “faltas” a que se refiere la ley, requiere declaración judicial de responsabilidad, lo que excluye por ejemplo, sanciones por faltas disciplinarias.

Tal como advertimos atrás, las inhabilidades como prohibición -no como sanción-, se dan por la configuración de una situación de hecho específica. En el caso de las inhabilidades directas del literal j), la situación de hecho que se requiere para que se configure la inhabilidad, es que haya una sentencia judicial declarando la responsabilidad penal de la persona natural sobre la cual recae la inhabilidad, por una de las conductas relevantes que hemos mencionado, la cual procederá preventivamente incluso cuando esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la decisión condenatoria.¹⁰

⁹ Aquellos a que se refiere el Título XV del Código Penal: **Capítulo I: Peculados** (artículo 397 (peculado por apropiación), artículo 398 (peculado por uso), Artículo 399 (peculado por aplicación oficial diferente), artículo 399-A (peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social), artículo 400 (peculado culposo), artículo 400-A (peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral), artículo 402 (omisión del agente retenedor o recaudador), artículo 403 (destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos), artículo 403-A (fraude de subvenciones)); **Capítulo II: De la concusión** (artículo 404 (concusión); **Capítulo III: Del cohecho** (artículo 405 (cohecho propio), artículo 406 (cohecho impropio), artículo 407 (cohecho por dar u ofrecer); **Capítulo IV: De la celebración indebida de contratos** (artículo 408 (violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades), artículo 409 (interés indebido en la celebración de contratos), artículo 410 (contrato sin cumplimiento de requisitos legales), artículo 410-A (acuerdos restrictivos de la competencia)); **Capítulo V: Del tráfico de influencias** (artículo 411 (tráfico de influencias de servidor público), artículo 411-A (tráfico de influencias de particular)); **Capítulo VI: Del enriquecimiento ilícito** (artículo 412 (enriquecimiento ilícito); **Capítulo VII: Del prevaricato** (artículo 413 (prevaricato por acción), artículo 414 (prevaricato por omisión), artículo 415 (circunstancia de agravación punitiva)); **Capítulo VIII. De los abusos de autoridad y otras infracciones** (artículo 416 (abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto), artículo 417 (abuso de autoridad por omisión de denuncia), artículo 418 (revelación de secreto), artículo 418B (revelación de secreto culposa), artículo 419 (utilización de asunto sometido a secreto o reserva), artículo 420 (utilización indebida de información oficial privilegiada), artículo 421 (asesoramiento y otras actuaciones ilegales), artículo 422 (intervención en política), artículo 423 (empleo ilegal de la fuerza pública), artículo 424 (omisión de apoyo)); **Capítulo IX: de la usurpación y abuso de funciones públicas** (artículo 425 (usurpación de funciones públicas), artículo 426 (simulación de investidura o cargo), artículo 427 (usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas), artículo 428 (abuso de función pública); **Capítulo X: De los delitos contra los servidores públicos** (artículo 429 (violencia contra servidor público), artículo 430 (perturbación de actos oficiales)); **Capítulo XI. De la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de función pública** (artículo 431 (utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública), artículo 432 (utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública), artículo 433 (soborno transnacional), artículo 434 (asociación para la comisión de un delito contra la administración pública)); **Capítulo XII: De la omisión de activos, la defraudación y la promoción de estructuras de evasión tributaria** (artículo 434A (omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes), artículo 434B (defraudación o evasión tributaria).

¹⁰ Basta con que se haya hecho el pronunciamiento judicial (sentencia en primera instancia) y este se haya notificado, así se esté surtiendo un trámite de segunda instancia en contra de la decisión, para que la inhabilidad surja. En comunicado del 5 de marzo de 2021, la Corte Constitucional informa que mediante Sentencia C-053/21 se declara exequible el inciso 2 del literal j del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993. Al respecto, la Corte señaló que la inhabilidad, que para efectos de este artículo recae sobre el inhabilitado directo, es de carácter “preventivo” y “transitorio”, operando

Adviértase que la inhabilidad no tiene como fuente una sentencia judicial mediante la cual la misma se declare (es decir una sentencia en la cual se sancione con inhabilidad a la persona natural), sino que basta que haya una sentencia condenatoria por una de las conductas relevantes. Eso la hace, con base en las clasificaciones explicadas, inhabilidades directas tipo prohibición.

Igual efecto tendría la aprobación de un preacuerdo entre el imputado y la Fiscalía General de la Nación, en el que el indiciado acepte la responsabilidad penal, a cambio de que la Fiscalía le otorgue algún tipo de beneficio que se vea reflejado en la pena. Por ejemplo, eliminar de la acusación algún agravante. Así mismo, sucede cuando el procesado acepta los cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación, con el objetivo de obtener una disminución de la pena. Ambas alternativas, traerían como consecuencia una terminación anticipada del proceso penal, siempre y cuando el imputado se declare culpable. Finalmente, con la última modificación que sufrió esta norma como consecuencia de la expedición de la ley 2014 de 2019, la inhabilidad directa surge también para personas naturales a las cuales se les haya aplicado un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado¹¹. Es decir, con base en lo que hemos advertido, esa sola circunstancia, en relación con las conductas relevantes, “dispara” la inhabilidad e **inhabilita directamente a las personas naturales respectivas**.

El Consejo de Estado¹², ha señalado que esta inhabilidad procede no solamente cuando la condena haya sido impuesta por un juez nacional sino también cuando haya una condena ejecutoriada por delitos contra la administración pública o soborno transnacional que haya sido impuesta por un juez extranjero¹³. Esto concuerda con la interpretación de la norma que hace el Gobierno Nacional en el Decreto 1358 de 2020 antes mencionado.

iii. Inhabilidades directas de personas jurídicas

Estas inhabilidades surgirían cuando una sociedad sea declarada responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional por la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la ley 1778 de 2016.

La inhabilidad en este caso, solo empezaría a regir cuando se encuentre en firme el acto administrativo que contiene la declaratoria de responsabilidad administrativa por la conducta de soborno transnacional.

A pesar de que una lectura aislada del actual literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, llevaría a concluir que esta inhabilidad directa aplica igual que las que afectan directamente a las personas naturales en los casos señalados, es decir, que se trata de una inhabilidad directa permanente que se configura o “dispara” con la configuración de una situación de hecho (decisión de responsabilidad administrativa por la conducta de soborno transnacional), en nuestra opinión

como “*requisito habilitante negativo*” para aquellas personas condenadas por, entre otros, delitos contra la administración pública, mediante sentencia cuya impugnación aún no ha sido resuelta. Adviértase que, si estas inhabilidades no fueran prohibición, sino fueran sanción, posiblemente el examen de constitucionalidad sería más estricto.

¹¹ Esta causal rige hacia futuro, es decir únicamente a partir de su promulgación en 2019, respetando el principio de irretroactividad de la ley penal, aplicable a las inhabilidades.

¹² Esta postura se ve reflejada también en el artículo 2.2.3.2.3.1 del Decreto 1358 de 2020.

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Rad. 2260. M.P. Álvaro Namén Vargas.

la correcta interpretación de la norma debe hacerse de manera integral y sistemática con la ley 1778 de 2016, lo cual nos lleva a una conclusión fundamentalmente distinta¹⁴.

En efecto en nuestra opinión, una interpretación correcta de la norma requiere la lectura integral y sistemática del literal j) y de la ley 1778 de 2016, cuyo artículo 5 le otorga expresamente a esta inhabilidad el carácter y naturaleza de sanción, por lo que resulta necesario que en la decisión mediante la cual se declare la responsabilidad, se señale expresamente que la sociedad queda inhabilitada. En efecto, la citada ley 1778 de 2016 previó lo siguiente: “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: (...) 2. 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 8° de la Ley 80 de 1993. (...)” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 31 de la misma ley 1778 de 2016, previó lo siguiente: “El literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 quedará así: ‘Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.”



“Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

“Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

¹⁴ Es preciso advertir que, en relación con lo anterior, en concepto del año 209 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado manifestó que la Ley 1778 de 2016 le otorgaba un doble tratamiento jurídico a la inhabilidad que surge para las personas jurídicas por la conducta de soborno transnacional:

(a) Como sanción: en el artículo 5, numeral 2° de esta ley se establece como una de las sanciones que la Supersociedades podrá imponer a las personas jurídicas que sean declaradas responsables por soborno transnacional;

(b) Como prohibición: en el artículo 31 al modificar el literal j) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 regulándola como una simple causal de inhabilidad que se produce como consecuencia de la ocurrencia de unos supuestos.

Así, concluye que esta inhabilidad se presenta siempre que la Supersociedades “*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)*”.

La Sala llegó a esta conclusión señalando que:

“*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°- (...) Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: (...) 2°. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior*”. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Rad. 2260. M.P. Álvaro Namén Vargas.

No obstante lo anterior, la Firma no comparte esta postura por las razones que se exponen en el presente escrito. Recuérdese además que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no son vinculantes y no constituyen jurisprudencia y/o precedente, teniendo en cuenta la naturaleza meramente consultiva de esta Sala.

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

Con base en lo anterior, adviértase que la única interpretación en virtud de la cual el artículo 5 de la ley 1778 de 2016 produce y hubiera producido efectos (desde la fecha misma en que produjo efectos), interpretación que debe privilegiarse con base en las reglas de hermenéutica jurídica, es entendiendo que la inhabilidad de las personas jurídicas en relación con una conducta de soborno transnacional, sólo se da cuando la misma es declarada por la Superintendencia de Sociedades. Pero adicionalmente, el propio texto literal del artículo 5 de la ley 1778 de 2016, que trata la inhabilidad como una sanción, a no dudarlo, hace referencia al artículo literal j) de numeral 1) del artículo 8 de la ley 80 de 1993. Es decir, en nuestra opinión, debe entenderse que se trata de una inhabilidad sanción cuya fuente sólo puede ser la decisión de responsabilidad administrativa. Dicho en otras palabras, no puede entenderse el literal j), en el sentido que la decisión de responsabilidad administrativa por la conducta de soborno transnacional, dispara automáticamente la inhabilidad, salvo que la misma haya sido declarada en el mismo acto administrativo y por el tiempo allí establecido que no podrá exceder de veinte (20) años.

Tal como lo anticipamos atrás, con base en el Decreto 1358 de 2020 es evidente que el Gobierno Nacional coincide con nuestra interpretación de la norma, a diferencia del Consejo de Estado que cree que la inhabilidad es automática. En efecto, aun cuando la redacción de la primera parte del artículo 2.2.3.2.3.4 del Decreto 1358 de 2020 podría interpretarse en el sentido contrario, en la medida que la norma establece que *“el plazo de la inhabilidad será el que haya impuesto esa entidad con fundamento en el procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 5°”*, es evidente que la inhabilidad dependerá de que la imponga la Superintendencia de Sociedades y por el plazo que esta lo haga, hasta por veinte (20) años.

Naturalmente, en la medida que cualquier conclusión sobre este tema requiere un especial esfuerzo de hermenéutica jurídica, existe un riesgo a que una autoridad llegue a una conclusión distinta, lo que explica la propuesta de reforma legislativa que hemos hecho al Congreso de la República, que transcribimos adelante en este mismo escrito.

Y vale la pena traer a cuento la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁵, abiertamente contraria a la nuestra y la del Gobierno Nacional, en virtud de la cual la inhabilidad sería automática y por 20 años (hoy sería permanente aplicando la interpretación del Consejo de Estado). Se advierte que, aun cuando el concepto del Consejo de Estado se hizo con respecto a la norma anterior y no frente a la vigente hoy, su interpretación no hubiera cambiado en nada y sería plenamente aplicable con base en la norma vigente. En dicho concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo lo siguiente: *“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 inhabilidad, 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

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio. Concepto del 16 de diciembre de 2019. Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. Radicado 110010306000201900129-00.

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 inhabilidad 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.” (subrayas nuestras)

En cuanto la interpretación de los artículos 5 y 31, el Consejo de Estado adopta una aproximación sustancialmente distinta, en la que asume que son contradictorias las normas, a pesar de que están en la misma ley, dejando sin efecto la del artículo 5 y dándole aplicación al 31, en lugar de aplicar las dos de manera sistemática y articulada. Al efecto, el Consejo de Estado advirtió, que “...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.”

Y más adelante complementa su análisis de hermenéutica, sosteniendo que “...la solución al dilema planteado seguiría siendo el mismo, pues, mientras que el artículo 5, numeral 2º, 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’...” [hoy sería permanente], “...el artículo 8, numeral 1º, 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’.(...)”

“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...”

“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).”

En suma, si se acogiese la tesis del Consejo de Estado, la inhabilidad **no sólo sería automática sino** permanente (“por siempre”).

Finalmente, en cuanto a inhabilidades directas de personas jurídicas, la última modificación del literal j), introducida por la ley 2014 de 2019, señala que también se considerarán inhabilitadas para contratar las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la persona

jurídica en los términos de ley. Esta también sería, acudiendo a la clasificación que hemos usado atrás, una inhabilidad directa “prohibición” y no una inhabilidad “sanción”.

iv. **¿Cuáles son las calidades que debe tener el inhabilitado directo (persona natural) para contagiar a una persona jurídica (inhabilitado en primer grado)?**

Señala el tercer inciso del literal j) objeto de análisis, que la inhabilidad de las personas naturales que hayan sido declaradas responsables por la comisión de los delitos mencionados se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas con las siguientes calidades: (i) administradores, (ii) representantes legales, (iii) miembros de junta directiva, (iv) socios controlantes.

De conformidad con el artículo 22 de la ley 222 de 1995, son administradores de una sociedad (de hecho o de derecho): 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.

En primer lugar hay que advertir que la norma está mal redactada y se refiere en suma, a administradores y socios controlantes.

Adicional a lo anterior, señala el Capítulo V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, que *“también se considerarán administradores a sus suplentes, cuando actúen en tal calidad en casos de ausencia temporal o definitiva de los principales”*. Bajo este orden de ideas, en principio las personas que detenten este cargo de suplentes no serían administradores por el solo hecho de haber sido nombrados en el cargo, sino únicamente cuando actúen en reemplazo del principal. No obstante, siempre que el suplente ejerza sus funciones en virtud de la ausencia del principal (temporal o definitiva) o cuando contribuya a la toma de decisiones en desarrollo de las políticas y directrices de la empresa, se entenderá que es administrador. Así, desde el punto de vista corporativo, un administrador suplente que no ha ejercido su cargo en ausencia del principal no estará sujeto a la responsabilidad de los administradores consagrada en la ley 222 de 1995 y por ende no tendrá tal calidad. Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de determinar si una persona nombrada en un cargo de suplente tiene calidad de administrador sería necesario en principio, indagar caso a caso si en la práctica estas personas han ejercido sus funciones en ausencias temporales o definitivas del principal, de tal manera que se pueda determinar si en efecto éstos pueden ser catalogados o no como administradores de la sociedad o si han contribuido a la toma de decisiones en desarrollo de las políticas y directrices de la empresa.

Con base en lo anterior, siempre que uno de los inhabilitados directos mencionados sea administrador o socios controlante de una persona jurídica, contaminará a esta, que según los diagramas que hemos presentado atrás, se trataría de una contagiada en primer grado.

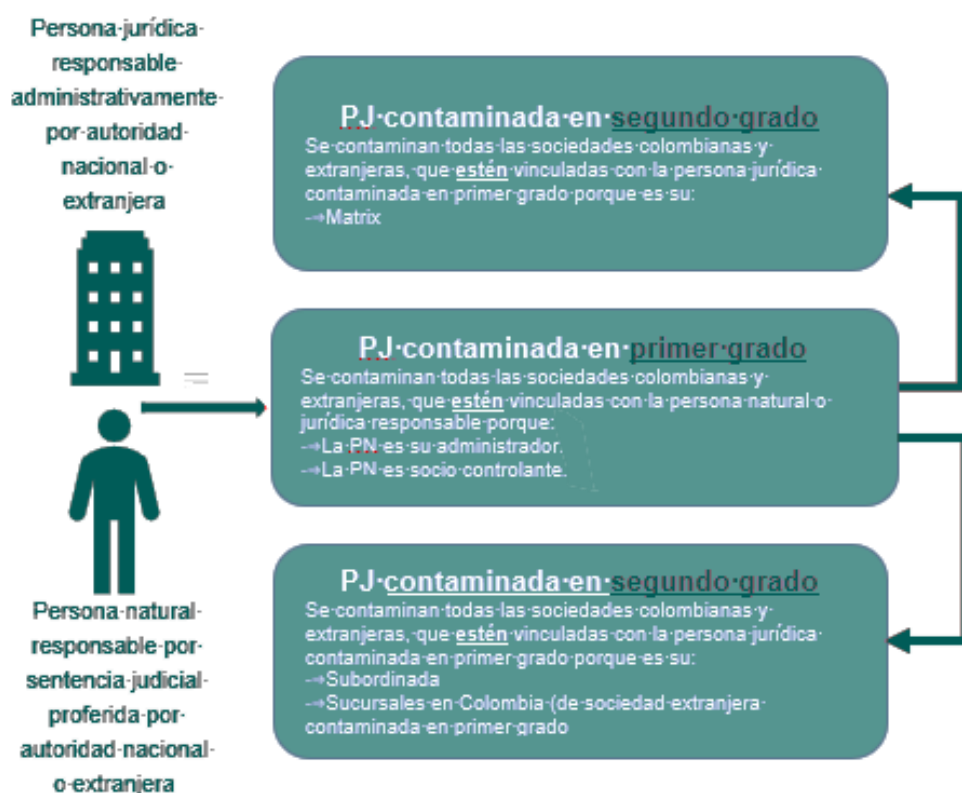
v. **¿A qué personas jurídicas se hace extensiva la inhabilidad por contagio?**

Señala el tercer inciso del literal j) objeto de análisis, que la inhabilidad de las personas naturales que hayan sido declaradas responsables por la comisión de los delitos mencionados, se extenderá no solo a las sociedades de las que hagan parte dichas personas con las calidades antes mencionadas (que como lo dijimos son una especie de contagiadas en primer grado), sino también a (i) la matriz, (ii) las subordinadas, (iii) al grupo empresarial cuando la conducta haya sido parte de

una política de grupo y (iv) a las sucursales de sociedades extranjeras, en todos los casos, de las sociedades contaminadas en primer grado. Se excluye de lo anterior a las sociedades anónimas abiertas¹⁶.

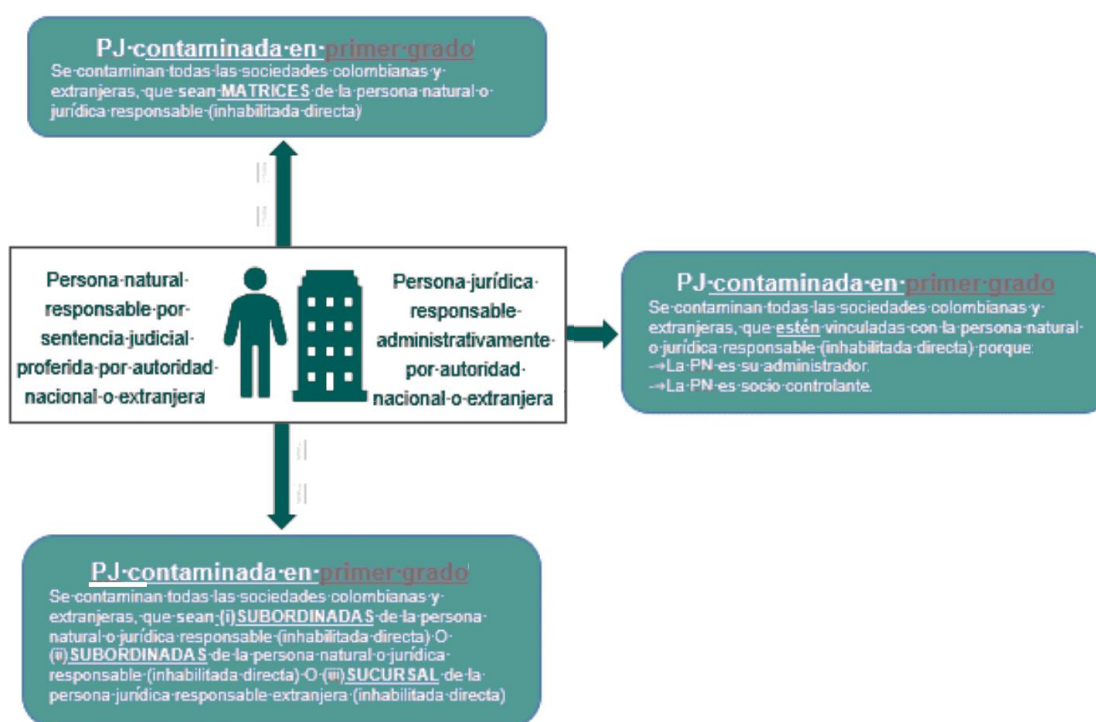
Es decir, que las contagiadas en primer grado, para expresarlo de manera ilustrativa, contaminan también a una serie de contagiadas que hemos denominado para efectos académicos en este escrito, contaminadas en segundo grado.

Con base en lo anterior, el texto del literal j), de no ser por el Decreto 1358 de 2020, debe entenderse así:



Ahora bien, muchos de mis colegas me han preguntado, y en diversos escenarios contractuales y de compraventas hemos discutido, si las matrices, las subordinadas, las empresas del grupo empresarial y las sucursales de sociedades extranjeras, son de la persona natural o jurídica inhabilitadas directamente. Es decir, se preguntan o sostienen que debería leerse de la siguiente manera:

¹⁶ Entendidas estas como aquellas inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, salvo que autoridad competente dispongo algo contrario o complementario (artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015).



El Consejo de Estado en el concepto tantas veces citado tiene una interesante posición sobre este tema, aunque no coincidimos con ella. Pero en nuestra opinión son varias las razones por las cuales debe interpretarse, en el sentido que las matrices, las subordinadas, las empresas del grupo empresarial y las sucursales de sociedades extranjeras, **NO** son de la persona natural o jurídica inhabilitadas directamente, **SINO** de las sociedades de las que son administradores o controlantes.

En primer lugar, porque la redacción de la norma, que es vergonzosamente mala, no funcionaría si se lee como si las matrices, las subordinadas, las empresas del grupo empresarial y las sucursales de sociedades extranjeras, fueran de la persona natural inhabilitada, que es por cierto la hipótesis más probable de lejos.

En efecto, si ese fuera el caso, la norma tendría que entenderse en el sentido que cuando una persona natural resulta inhabilitada, dicha “inhabilidad se extenderá... a sus matrices”, es decir, a la matriz de la persona natural. Es evidente que las personas naturales no tienen matrices, pues dicha situación jurídica sólo se predica respecto de sociedades (ver artículo 260 del Código de Comercio mencionado abajo). En esa medida, la norma no funcionaría ni produciría efectos en este punto, respecto de personas naturales.

Así mismo y bajo el mismo análisis, si se leyera la norma como si las matrices, las subordinadas, las empresas del grupo empresarial y las sucursales de sociedades extranjeras, fueran de la persona natural inhabilitada, la norma tendría que entenderse en el sentido que cuando una persona natural resulta inhabilitada, dicha “inhabilidad se extenderá... a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo”, es decir, al grupo empresarial del que hace parte la persona natural.. Al ver la noción de grupos empresariales (ver abajo), es evidente que los mismos están conformados por personas jurídicas y no naturales, por lo que la norma no funcionaría ni produciría efectos. Naturalmente jamás, bajo ninguna interpretación posible, menos de una norma que debe interpretarse de manera restrictiva,

podría entenderse que se extiende a todas las sociedades de un grupo empresarial, por la sola circunstancia de que la persona natural inhabilitada directamente haga parte de una de las entidades del grupo. Además, en ese caso, bastaría que hiciera parte de cualquiera de las sociedades del grupo, a cualquier título y en cualquier cargo, pues la norma no dice en qué calidad tendría que estar vinculada la persona natural. En fin, sería una interpretación insólita e impensable.

Siguiendo con el mismo análisis, si se leyera la norma como si las matrices, las subordinadas, las empresas del grupo empresarial y las sucursales de sociedades extranjeras, fueran de la persona natural inhabilitada, la norma tendría que entenderse en el sentido que cuando una persona natural resulta inhabilitada, dicha *“inhabilidad se extenderá... a las sucursales de sociedades extranjeras”*, es decir, a las a las sucursales de sociedades extranjeras de la persona natural. Al ver la noción de sucursales de sociedades extranjeras (ver abajo), se trata del vehículo mediante el cual una sociedad extranjera, NO una persona jurídica, puede emprender negocios permanentes en Colombia. Es decir, no hay sucursales de personas naturales extranjeras, por lo que la norma no funcionaría ni produciría efectos.

Con base en la parte relevante de la norma que se refiere a la contaminación que sufren las personas jurídicas, es evidente que se refiere a una contaminación, tanto de las personas naturales inhabilitadas directas, como de las personas jurídicas inhabilitadas directas. Veamos:

“Asimismo, la inhabilidad [de las personas naturales y jurídicas inhabilitadas directamente] 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 [hasta esta coma la inhabilidad respecto de las sociedades inhabilitadas en primer grado], a sus [refiriéndose a las sociedades inhabilitadas en primer grado] matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.” Sólo esta lectura de la norma funciona y produce plenos efectos (interpretación que debe privilegiarse).

Matrices y subordinadas

De acuerdo con lo establecido en el artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad será subordinada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas, de forma directa (filial) o a través de personas jurídicas igualmente controladas (subsidiaria). Quien ejerce el control se denomina matriz.

Una de las formas en las que se puede presentar este control, de acuerdo con la lista enunciativa del artículo 261 del Código de Comercio, es mediante la propiedad del capital, cuando la matriz posea más del 50% del capital o configure la mayoría mínima para tomar las decisiones de la subordinada. Adicionalmente, la norma antes mencionada señala también que hay control cuando se presentan los siguientes presupuestos: (i) control económico: se refiere a la propiedad de las sociedades o de la mayoría de su capital; (ii) control administrativo: hace referencia a la forma en que se administra la sociedad, lo que involucra entonces la definición de los órganos de administración de las sociedades y en general la forma en la que se toman las decisiones al interior de los órganos; y (iii) control financiero: tiene que ver con lo relacionado al manejo de la situación financiera de la matriz en el desarrollo y las decisiones de la controlada.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la práctica será necesario entonces hacer un análisis de estos elementos para poder concluir si se configuran los presupuestos para que haya subordinación. Ahora, el artículo 30 de la ley 222 de 1995, señala la obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil de las situaciones de control, so pena de incurrir en multas de no realizarlo.

Sobre este particular, el Consejo de Estado en el concepto tantas veces citado sostuvo lo siguiente:

- “• 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: (1) 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 una 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.”

Sucursales de sociedades extranjeras

Las sucursales de sociedad extranjera, de acuerdo a lo señalado en el artículo 471 del Código de Comercio, son el vehículo mediante el cual una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia. Las sucursales carecen de personería jurídica propia, pues son simplemente una extensión de su matriz extranjera, por lo que tienen entonces la naturaleza de establecimientos de comercio. En ese sentido, no pueden tomar decisiones autónomas o distintas a la de su matriz, pues realmente están representando a aquella.

Respecto de las sucursales, adviértase que la hipótesis legal se refiere a aquellas que lo sean respecto de sociedades extranjeras contaminadas en primer grado.

Grupos empresariales a los que pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política de grupo

El concepto de grupo empresarial o grupo de sociedades supone la existencia de una pluralidad de sujetos jurídicos que, aunque son independientes entre sí, se encuentran unidos por diversos vínculos que implican que el poder de decisión del grupo se encuentra condicionado o supeditado a lo dispuesto por quien ejerce el control.

El artículo 28 de la ley 222 de 1995 establece los requisitos que deben cumplirse para determinar que, entre ciertas sociedades, existe un grupo empresarial¹⁷.

Ahora bien, para efectos de la inhabilidad en comento, es necesario que la conducta delictiva de la persona natural haya sido parte de una política del grupo empresarial para que esta surja, lo que en la práctica hará que jamás sea aplicable esta inhabilidad indirecta o por contagio, pues ese hecho no es verificable sin que haya una declaración en ese sentido, lo cual nunca sucederá en este tipo de inhabilidades, pues como lo hemos advertido se trata de inhabilidades que no surgen como consecuencia de una sanción impuesta por una autoridad, en la que podría eventualmente hacerse una determinación de estas, sino por la configuración de una situación de hecho. Es decir, esta inhabilidad jamás será aplicable en la práctica o será poco probable, salvo por la hipótesis que paso a señalar. En efecto, en una conferencia sobre este tema particular, en la que tuve el gusto de compartir panel con el Doctor Manuel Alberto Restrepo, Profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, él sostuvo una tesis bien interesante en virtud de la cual, esta hipótesis se dará en un escenario en el cual, en un proceso separado, de una autoridad nacional o extranjera, se haya hecho la determinación efectiva en el sentido que en el mismo caso que llevó a la inhabilidad directa de la persona natural, la conducta delictiva de dicha persona natural era parte de una política del grupo empresarial.

¹⁷ “**Artículo 28. - Grupo Empresarial.** Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que la originan”.

En un reciente artículo publicado por la Revista Semana (*Con Odebrecht comienza el veto a empresas dirigidas por representantes corruptos*), se afirma que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado “procederá a evaluar si aplica la inhabilidad automática sobre sus sociedades, las matrices, subordinadas, grupos empresariales (siempre que se demuestre que hizo parte de la política del grupo) y a las sucursales de sociedades extranjeras de la que esa persona formó parte.”, como si la Agencia tuviera competencia para hacer este tipo de determinaciones. Y en entrevista que allí se transcribe, parecería insinuarse que la Agencia tienen que hacer ciertas evaluaciones y determinaciones para determinar, si una u otra inhabilidad contamina a una u otra persona jurídica, lo cual tampoco es correcto.

En efecto, de aplicarse en efecto el Decreto 1358 de 2020, las decisiones, pronunciamientos y actos administrativos que profiera la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, deberán basarse en la verificación de circunstancias de hecho y no de derecho y, en todo caso, deberán abstenerse por ausencia de competencia, de pronunciarse sobre si en un caso u otro, la conducta del inhabilitado directo fue o no parte de una política del grupo. Por cierto, según el tenor literal de la norma, que no puede desatenderse so pretexto de consultar su espíritu, el único escenario en el cual el hecho que la conducta delictiva del inhabilitado directo, haya o no sido parte de una política del grupo, es relevante, es tratándose de grupos empresariales a los que el inhabilitado pertenezca. En ningún otro.

Sociedades anónimas abiertas

Sobre esta excepción legal actual, respecto de las sociedades anónimas abiertas, creemos que con base en la norma, la misma aplica a todas las hipótesis de contaminación que hemos llamado de segundo grado, pero no ocurre lo mismo respecto de las contaminaciones de primer grado.

Es decir, con base en la norma vigente, y basta leerla con cierto cuidado para llegar a esta conclusión, si una persona natural es por ejemplo declarada responsable judicialmente por la comisión de un delito contra la administración pública, quedará automáticamente inhabilitada de manera directa, y contagiará temporalmente con inhabilidad a las sociedades de las que haga parte como administrador o controlante, independientemente de que las sociedades contaminadas en primer grado sean cerradas o abiertas.

Pero no sucedería lo mismo, respecto de las personas jurídicas contaminadas en segundo grado, esto es, respecto de las matrices, subordinadas, etc. de las inhabilitadas en primer grado, cuando estas sean sociedades anónimas abiertas.

Y esto que quizá fue fruto de la mala redacción de la norma, parecería tener sentido, en la medida que respecto de las inhabilitadas en primer grado no debería permitírsele al inhabilitado controlante actuar a través de ninguna sociedad, ni cerrada ni abierta, por lo que tiene sentido que no haya excepción en este caso. Y adviértase que en la medida que justamente el inhabilitado es el controlante, los demás accionistas o inversionistas no lo serán, y por ello no se verán contaminados por inhabilidad alguna. Adicionalmente, en la hipótesis de contaminación derivada de la calidad de administrador del inhabilitado directo con la sociedad contaminada, tiene sentido que no haya excepción por ser sociedad anónima abierta, pues no sólo a ninguna sociedad se le debería permitir actuar ante el estado cuando tiene por administrador un inhabilitado directo, sino que la misma sociedad (imaginemos que fuera abierta), tiene pleno control para evitar la contaminación, retirando al inhabilitado de la compañía.

Bajo el mismo análisis, tiene sentido que se haya previsto una excepción respecto de algunas de las contaminadas en segundo grado, cuando estas sean sociedades anónimas abiertas, como sucedería con las subordinadas, pues estas no tienen forma de eliminar el riesgo que depende de decisiones que no controla, y terminaría afectando intereses de inversionistas que tampoco ejercen el control.

vi. Conclusión sobre el correcto entendimiento de la norma

Lo primero que hay que advertir, es que la norma objeto de análisis adolece de técnica jurídica, precisión, articulación, consistencia, claridad y, en suma, es una muy muy mala norma. Y nos da la impresión de que en la medida que se ha venido modificando la norma, la misma va empeorando cada vez más. Parecería como si, en algún punto se hubiera perdido el norte, y todas las inclusiones van por el camino equivocado.

En consecuencia, además del natural esfuerzo que supone el ejercicio de interpretación de cualquier norma, el actual literal j), del numeral 1 del artículo 8 ley 80 de 1993 constituye un reto especial, tanto en materia interpretativa como en cuanto a su aplicación y puesta en práctica, debido a las deficiencias anotadas.

Con base en todo lo anterior y en suma, la forma correcta en que debe interpretarse la norma es que una vez se profiera la sentencia judicial o decisión administrativa respectiva, la persona natural o jurídica inhabilitada directa, **contagiará, pro tempore, a cualquier sociedad** de la que haga parte en calidad de administrador, socio controlante. Y estas sociedades, que serán las inhabilitadas indirectas o por contagio en primer grado, contagiarán a sus matrices, subordinadas, entidades del grupo empresarial (que en la práctica será inaplicable por haber condicionado el contagio a que la conducta haya sido parte de una política de grupo), y a las sucursales de sociedades extranjeras, que serán las contagiadas en segundo grado. Es decir, para responder el problema jurídico que hemos formulado, en los mismos términos planteados, los vínculos que existían entre el inhabilitado directo y sociedades, (i) antes del momento de comisión de la conducta que llevó a la inhabilitación directa, (ii) en el momento de comisión de dicha conducta, (iii) después de la comisión de la conducta pero antes de la decisión, son totalmente irrelevantes y no generan ninguna inhabilitación ni contaminación para la sociedad vinculada. Ahora bien, los vínculos existentes entre el inhabilitado directo y sociedades después de la decisión que afecta al inhabilitado directo, **SI** son relevantes y contaminantes, pero sólo temporalmente mientras que el vínculo respectivo exista.

Creemos también que la excepción legal actual respecto de las sociedades anónimas abiertas, aplica a todas las hipótesis de contaminación en segundo grado (no de primer grado). En todo caso, en la medida que la inhabilitación debería entenderse temporal (si se aplicara correctamente), es decir, mientras que exista la vinculación, este riesgo parecería mitigable en buena parte de los casos.

En cuanto a la inhabilitación a que se refiere el numeral 2 del artículo 5 de la ley 1778 de 2016, creemos que la misma sólo debería afectar a las personas jurídicas respecto de las cuales la Superintendencia de Sociedades haya impuesto expresamente tal sanción, por el término que determine la Superintendencia de Sociedades, que no podrá exceder de veinte (20) años, inhabilitación que iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada.

4. Nuestra propuesta de reforma al Congreso de La República

Con base en lo que hemos advertido anteriormente, consideramos que el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, debería quedar así, respetando al máximo el espíritu del legislador respecto de la norma vigente, pero expresándolo de manera correcta. Es decir, con la siguiente redacción se pretende mantener, en términos generales, el espíritu y objeto de la norma actual y no incluir cambios trascendentales, para que su trámite legislativo sea relativamente sencillo:

"j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente, en Colombia o en el exterior, por la comisión de delitos contra la administración pública, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias, o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia. Esta inhabilidad procederá preventivamente, aun en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria respectiva. Las personas naturales inhabilitadas conforme a este primer párrafo, respecto de las cuales haya una decisión en firme, lo estarán de manera permanente, esto es, sin limitación de tiempo.

"La inhabilidad de las personas naturales conforme al párrafo primero anterior de este literal j), se extenderá temporalmente mientras exista cualquiera de los vínculos que se describen a continuación, a:

"(i) personas jurídicas, nacionales o extranjeras, en las cuales una persona natural inhabilitada tenga la calidad de administrador o ejerza funciones de administrador;

"(ii) personas jurídicas, nacionales o extranjeras, en las cuales una persona natural inhabilitada tenga la calidad de empleado;

"(iii) personas jurídicas, nacionales o extranjeras, en las cuales una persona natural inhabilitada tenga la calidad de asesor; y

"(iv) personas jurídicas, en las cuales una persona natural inhabilitada tenga la calidad de matriz o controlante.

"La inhabilidad de las personas jurídicas, a quienes se extienda la inhabilidad en las cuatro (4) hipótesis a que se refiere el párrafo segundo anterior de este literal j), se extenderá así mismo (1) a sus subordinadas o controladas, temporalmente mientras que sea controlante o matriz; y (2) a todas las personas jurídicas que hagan parte del mismo grupo empresarial, temporalmente mientras que sean del mismo grupo empresarial.

"La inhabilidad a que se refiere el numeral 2 del artículo 5 de la ley 1778 de 2016, sólo afectará a las personas jurídicas respecto de las cuales la Superintendencia de Sociedades haya impuesto expresamente tal sanción, por el término que determine la Superintendencia de Sociedades, que no podrá exceder de veinte (20) años, inhabilidad que iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad, así impuesta, se extenderá (1) a sus subordinadas o controladas, temporalmente mientras que sea controlante o matriz; y (2) a todas las personas jurídicas que hagan parte del mismo grupo empresarial, temporalmente mientras que sean del mismo grupo empresarial

CMS Rodríguez-Azuero

CMS Rodríguez-Azuero es una firma de abogados global, con presencia en más de 40 países, construida sobre unas profundas raíces locales con más de 40 años de experiencia asesorando a clientes locales y multinacionales. Proporcionamos una asesoría legal especializada con altas capacidades gerenciales y un enfoque estratégico, de la mano de un equipo de más de 5.000 abogados expertos en diversas áreas de práctica, quienes cuentan con un conocimiento profundo de las industrias en las cuales sus clientes operan.

La Firma ofrece una combinación única de profundo conocimiento, práctica y experiencia en casi todas las áreas del derecho incluyendo Derecho Bancario & Financiero, Derecho Comercial, Derecho de la Competencia, Derecho Corporativo / Fusiones & Adquisiciones, Derecho Laboral & Pensiones, Solución de Conflictos, Contratación Pública, Derecho Inmobiliario, Derecho Tributario, Compliance, Derecho Penal Corporativo, Propiedad Intelectual, Derecho Sanitario & Farmacéutico, Tecnología, Medios & Comunicaciones, Insolvencia, Reestructuración & Liquidación, Aduanero & Comercio Exterior, Productos de Consumo, Energía & Cambio Climático, Fondos, Hoteles & Centros de Esparcimiento, Infraestructura & Proyectos, Seguros, y Capital Privado.

Todo el esfuerzo y trabajo de nuestros abogados está centrado siempre en el cliente, proporcionando una asesoría enfocada a los negocios en el mercado local o globalmente a través de múltiples jurisdicciones.



Estamos muy contentos y agradecidos por el servicio que recibimos en la Firma. Nos han ayudado mucho a lo largo del proceso para comprender cómo operan los establecimientos controlados por el estado. Nos han ayudado con una gran cantidad de dedicación y orientación.

Chambers Latin America



CMS Rodríguez-Azuero



WWL
Who's Who Legal



Contacto



Daniel Rodríguez

Socio

T +57 1 321 8910 x138

E daniel.rodriguez@cms-ra.com

Daniel es Socio de la Firma y codirige las áreas de Compliance y Derecho Penal Corporativo, Derecho Bancario & Financiero, Insolvencia, Reestructuración & Liquidación, y lidera el área de Contratación Pública.

Se enfoca en temas de administración de riesgos, prevención de lavado de activos, financiación del terrorismo, corrupción y contrabando. Daniel está admitido a la práctica en Colombia y en los Estados de Nueva York y California en Estados Unidos. Con cerca de 20 años de experiencia, ha estado involucrado en unas de las controversias e investigaciones de cuello blanco, locales y transfronterizas, más delicadas del país. Es Presidente de la Comisión Colombiana sobre Responsabilidad Corporativa y Anticorrupción de la Cámara de Comercio Internacional -CCI-; fue miembro del Panel de Expertos convocado por la Presidencia de la República para informar a la comisión de la Organización de Estados Americanos -OEA- sobre la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC); Miembro del "Panel de perspectiva de abogados y académicos colombianos" convocados por el Gobierno Nacional para responder ante el comité evaluador de la OCDE para verificar el cumplimiento de la OCDE Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; y Presidente del Comité de Seguridad y Gestión del Riesgo de la Cámara de Comercio Colombo Americana -AMCHAM-.

Reconocimientos:

- Best Lawyers 2021, Corporate Governance and Compliance Practice (Abogado del año)
- Best Lawyers 2021, Derecho Bancario & Financiero
- Reconocimiento de Leaders League 2021 en Reestructuración e Insolvencia, Arbitraje y Derecho Bancario & Financiero
- Daniel Rodríguez, abogado recomendado en Legal 500 Latin America 2021 para las áreas de: Derecho Bancario & Financiero, Arbitraje, Litigios, Proyectos, Energía & Recursos Naturales y Contratación Pública
- Reconocimiento de Legal 500 Latin America 2021 en las áreas de: Derecho Bancario & Financiero, Proyectos, Arbitraje, Litigios, Contratación Pública, Energía & Recursos Naturales
- Reconocimiento de Latin Lawyer 250 2020 y Latin Lawyer National 2020 en el área de Derecho Bancario & Financiero
- Reconocimiento de IFLR 1000 2020 en Derecho Bancario & Financiero
- La Revista Dinero, una de las publicaciones de negocios más reconocidas en Colombia, realizó un sondeo en línea con los representantes de las vicepresidencias jurídicas de 18 de las empresas más grandes del país. En dicho sondeo, Daniel Rodríguez fue destacado como uno de los abogados más reconocidos en Colombia en el área de Compliance. *"Así son las firmas de*

abogados más grandes de Colombia, " Abogados Inc., Revista Dinero, No. 524, 18 de agosto 2017.

Publicaciones:

- Autor, "Nuevas normas para fortalecer los instrumentos jurídicos para combatir la corrupción y soborno trasnacional en Colombia", CMS Rodríguez-Azuero, 27 de octubre de 2020
- Autor, "Nuevas regulación de LAFT para las FINTECH" Asuntos Legales, 23 de septiembre de 2020
- Autor, "Nuevas medidas en materia de contratación estatal y derecho penal por la comisión de actos de corrupción" CMS Rodríguez-Azuero, 25 de marzo de 2020;
- Autor, "*Business Crime Laws and Regulations: Colombia 2020*", ICLG, 10 de octubre de 2019;
- Autor, "El Departamento de Justicia actualizó la guía para evaluar los Programas de Cumplimiento Corporativo", CMS Rodríguez-Azuero, mayo 29 de 2019;
- Autor, "Seguridad y gestión del riesgo, claves para el éxito empresarial", *AMCHAM Correo de Negocios*, septiembre de 2017;
- Autor, "Series legales y económicas sobre corrupción" *La República*, 22 de abril 2017;
- Autor, "Cambios a la resolución 143 de 2002 de la procuraduría, la cual regula el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI)", *Comunicaciones CMS Rodríguez-Azuero*, 24 de octubre 2016;
- Autor, "Anticorrupción en sectores salud, real y financiero", *La República*, 10 de agosto 2016;
- Autor, "Nuevos retos en materia de sistemas de cumplimiento integrados", *AMCHAM, Correo de Negocios*, julio de 2016;
- Autor, "Diseño, implementación, y ejecución de un sistema de cumplimiento", *Edición 121 Business Mail Colombo American Chamber of Commerce AMCHAM*, septiembre de 2015;
- Autor, "Nueva ley de garantías mobiliarias tiene muy importante impacto en materia de lavado de activos", *Ámbito Jurídico*, Legis XVII Año, No. 391, Colombia, 7 de abril 2014;
- Autor, "Actualización sobre anticorrupción", *Lexology en cooperación con la Asociación de Asesoría Corporativa*, 20 de diciembre 2012
- Autor, "En la ley: Exposición criminal por delitos civiles en países extranjeros", *Revista "In-Park"*, 9 de junio 2009;

Conferencias:

- "El Compliance ante los riesgos penales", Webinar de CMS España y América Latina, 15 de junio de 2021
- "*Corporate Anticorruption Compliance: Drivers, Mechanisms and Ideas for Change*", Webinar organizado por la ICC, 12 de mayo de 2021
- "Inhabilidades y corrupción: gran fuente de inseguridad jurídica", ICC Colombia y la CCB, 19 de abril
- "Aplicación y compliance de delitos financieros en América Latina y la última visión del Tío Sam", CMS, Buckley y Gryphon, 11 de marzo 2021

- “Responsabilidad del oficial de cumplimiento: perspectiva comparada España VS. Colombia”, World Compliance Association, 23 de febrero 2021
- “Congreso de compliance organizado por LEC EXPERIENCE LATAM - A compliance immersion with participants from across Latin America”, 25 al 27 de agosto de 2020
- “Capítulo colombiano de la World Compliance Association (WCA)”, 25 de agosto de 2020
- “Sanción social como instrumento en la lucha anticorrupción”, CCB e ICC, 21 de agosto de 2020
- “Lecciones de Compliance de Lava Jato en América Latina”, LEC, 23 de julio de 2020
- *“Tackling Pandemic-Related Fraud and Corruption: Views from Argentina, Brazil, Colombia, Mexico and the United States”* Demarest Advogados; Marval O’Farrell Mairal; Von Wobeser y Sierra, S.C.; Buckley LLP; CMS, junio 11 de 2020
- “Riesgos, sanciones e inhabilidades: efectos en las sociedades colombianas y extranjeras que participan en procesos de contratación pública”, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Colombia, 11 de mayo de 2020
- “8ª edición del Día Nacional de la Prevención del Lavado de Activos”, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Colombia, diciembre 2019
- *“Corruption Trends and Anti-Corruption Compliance, Enforcement and Investigations: Colombian perspective”*, ICC México, 27 de noviembre de 2019
- *“New trends in lawyers and accountants commitment against corruption and money laundering”*, United Nations Office on Drugs and Crime -UNODC-, 29 de octubre de 2019
- *“Main differences between countries of the European Union, USA and LATAM in terms of corruption/Principales diferencias entre los países de la Unión Europea, las jurisdicciones de EE. UU. y LATAM en términos de corrupción”* ISOtools, en Semana de la Calidad 2019, Lima, Perú, 3 de octubre de 2019
- *“English Law Day in Colombia: Anti-corruption business crime”*, The Bar Council of England and Wales, The Law Society of England and Wales, ANDI, The British Colombian Chamber of Commerce, 5 de septiembre de 2019
- “Foro de Integridad: Tendencias de Corrupción y Cumplimiento e Investigaciones de Anticorrupción. Perspectivas de Brasil, Argentina, Colombia y México”, Exiger en Harvard Club, Nueva York, NY, 2 de mayo de 2019
- “7º Congreso Internacional de Compliance”, organizado por LEC, 14-16 de mayo de 2019, en São Paulo, Brasil
- *“Anti-Corruption Efforts in LatinAmerica Perspectives from Brazil, Argentina, Colombia, and Mexico”*, Columbia University Law School, Center for the Advancement of Public Integrity 30 de abril de 2019
- “Perspectiva de la economía y megaproyectos del país”, CCB, 23 de abril de 2019

Administrativo
> 8,000

Abogados
> 5,000

Socios
> 1,100

19 áreas de práctica
y sectores
trabajando entre
oficinas

Operando en
70 Ciudades

A través de
43 Países

EUR 1.426bn

Ingresos en el 2019

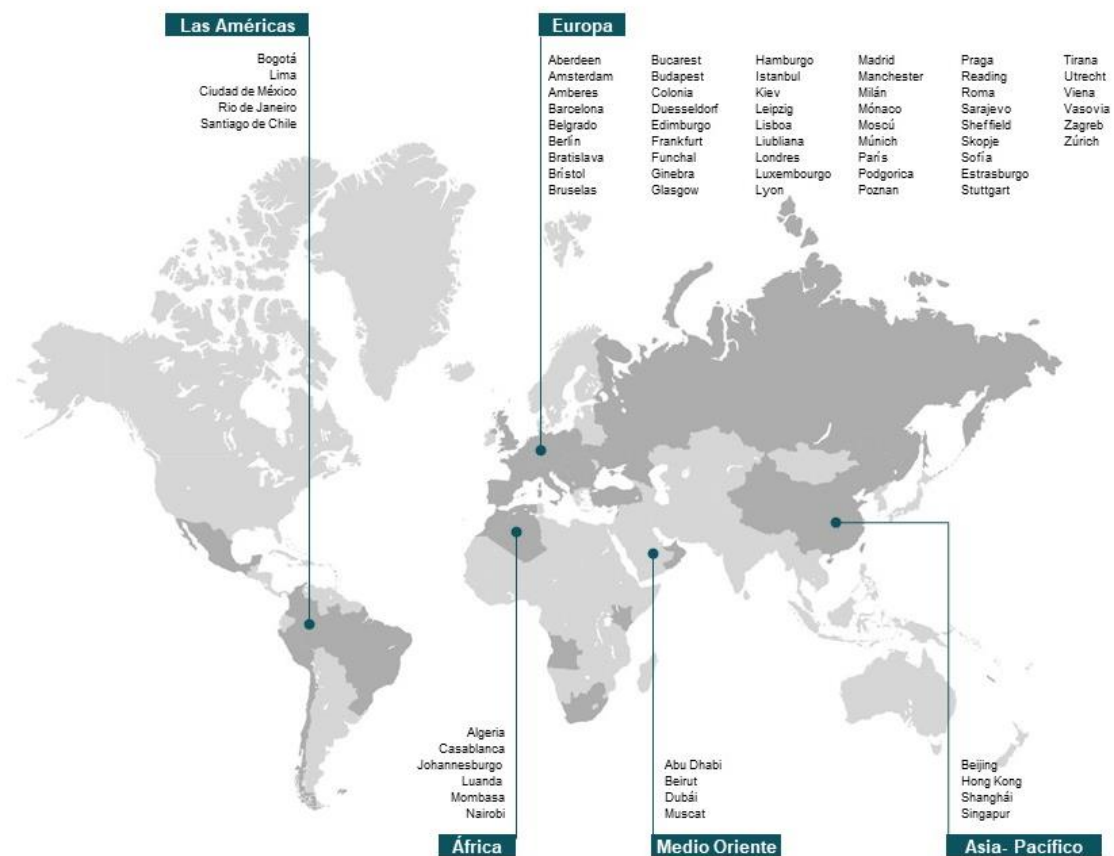
49 NUEVOS SOCIOS EN 2019, EN TOTAL MÁS DE 1,100

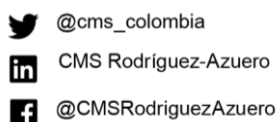
» **# 1 CEE, DACH, Alemania**
(Mergermarket)

» **# 1 Alemania, UK**
(Thomson Reuters)

» **# 1 Europa, Alemania, UK**
(Bloomberg)

» **Top rankings en 2019 M&A League Tables**
1 por Bloomberg en Europa, Alemania y UK
1 por Mergermarket en CEE, DACH y Alemania
1 por Thomson Reuters en Benelux y Alemania





CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

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

cms-lawnow.com

La información almacenada en...

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

Ubicaciones de CMS: Aberdeen, Abu Dabi, Argel, Ámsterdam, Amberes, Barcelona, Pekín, Beirut, Belgrado, Berlín, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Colonia, Dubái, Düsseldorf, Edimburgo, Frankfurt, Funchal, Génova, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Estambul, Johannesburg, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Lituana, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Manchester, Ciudad de México, Milán, Mombasa, Mónaco, Moscú, Múnich, Mascate, Nairobi, París, Podgorica, Poznań, Praga, Reading, Rio de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghái, Sheffield, Singapur, Skopie, Sofía, Estrasburgo, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Viena, Varsovia, Zagreb y Zúrich.

cms.law