**CCE-DES-FM-17**

**REGIMENES ESPECIALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales se rigen por el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

**CAUSALES DE RECHAZO – No pueden ser caprichosas ni arbitrarias**

Conforme al inciso 1 del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla, entre otros, con fundamento en el principio de imparcialidad. En este sentido, el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 prescribe que «En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Esta directriz es de especial relevancia en materia de contratación estatal, ya que –en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– se integra tanto al régimen de las entidades sometidas como al de las exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, guardando una estrecha relación con el principio de selección objetiva.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Importancia de la reserva legal**

Conforme a lo anotado en el numeral precedente, el rechazo está relacionado con impedimentos legales o con defectos u omisiones en el contenido o en la presentación de los documentos que conforman la propuesta. Así las cosas, conforme al marco normativo anteriormente citado, viola el principio de imparcialidad y el de selección objetiva que las causales previstas en el pliego no se fundamenten en alguno de estos motivos. De lo anterior se desprende que actuar por fuera de estos límites implica convertirlas en causales de inhabilidad, las cuales –por esencia– son reguladas por el legislador.

**SARLAFT – Fundamento**

El Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT) es el sistema de administración de riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, que tiene como finalidad la prevención y control que deben implementar los vigilados a quienes van dirigidas las instrucciones de la Circular Externa N° 09 de 2016 expedida por la SNS, para la adecuada gestión del riesgo de LA/FT. Para esto, los vigilados deberán adoptar unas políticas, procedimientos y herramientas mínimas que contemplen todas las actividades que realizan en desarrollo de su objeto social y que se ajusten a su tamaño, actividad económica, forma de comercialización y demás características particulares de cada agente vigilado.

Bogotá D.C., **24/11/2020 13:13:23s**

**N° Radicado: 2202013000011647**

Señora

**Karen Cecilia Ramírez Moré**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 684 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | REGIMENES ESPECIALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAUSALES DE RECHAZO – No pueden ser caprichosas y arbitrarias / RÉGIMEN DE INHABILIDADES ― Importancia de la reserva legal / SARLAFT – Fundamento |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202013000009283 |

Estimada señora Ramírez Moré:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de octubre del año 2020.

1. **Problema planteado**

En la petición se explica que «[…] la Subred Integrada de Servicios de Salud Zona Norte, dentro de sus requisitos habilitantes para contratar, viene efectuando la consulta de SARLAF (Sistema de Administración del Riesgo de lavado de activos y la financiación del Terrorismo),  fundamentado en la Circular  Externa de la Superintendencia Nacional de Salud, número  000009 del 21 de abril de 2016,  sin embargo la misma expone la necesidad de  adoptar políticas y controles para reducir riesgos en materia de contratación, en aras a evitar contratar sociedades o personas naturales vinculadas con financiación de terrorismo y lavado de activos; sin embargo, la misma  fue interpretada como un indicador para determinar la idoneidad del proponente, determinándolo como un requisito habilitante». Teniendo en cuenta lo anterior, solicita conceptuar «[…] frente el alcance de la consulta SARLAFT como requisito habilitante en materia de contratación, para las entidades que contratan bajo Régimen Especial, a fin de poder mejorar nuestros procesos contractuales de cara a la normatividad vigente, como doctrina y circulares expedidas por ustedes».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó las disposiciones normativas aplicables a las entidades con régimen especial de contratación en los Concepto C-032 del 19 de febrero 2020 y C-191 de 16 de marzo de 2020. En lo pertinente, la tesis de estos conceptos se reitera a continuación:

**2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por las reglas y principios del derecho administrativo**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales se rigen por el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las de la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, la regulación de los procedimientos de selección depende de lo que estas entidades definan en sus respetivos manuales. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[1]](#footnote-1).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal, como el acatamiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior es explicado por el Consejo de Estado que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial en los siguientes términos:

[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[2]](#footnote-2).

Habida cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del plan anual de adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP –en la sección «Régimen Especial»–, usar del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

De modo que, las entidades con régimen especial, al estar exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se rigen en su actividad contractual por las normas del derecho civil y comercial, por su reglamento o manual interno de contratación y por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que las obliga a garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución, así como a respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Además, deben observar las disposiciones presupuestales, tributarias y demás normas de orden público aplicables a las entidades estatales, independientemente de su régimen contractual.

**2.2.** **Las causales de rechazo de las propuestas no pueden ser caprichosas ni arbitrarias**

Conforme al inciso 1 del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla, entre otros, con fundamento en el principio de imparcialidad. En este sentido, el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 prescribe que «En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Esta directriz es de especial relevancia en materia de contratación estatal, ya que –en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– se integra tanto al régimen de las entidades sometidas como al de las exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, guardando una estrecha relación con el principio de selección objetiva.

 Dichos principios tienen un papel relevante en la elaboración de los pliegos de condiciones, pues si bien las entidades tienen un margen de autonomía para definir algunos aspectos del futuro negocio, las causales de rechazo de las propuestas deben ser razonables, bien porque algunas de éstas se encuentren previstas en el ordenamiento o porque conducen a que se adjudique el contrato al proponente que cumple con los requisitos técnicos y económicos para su ejecución. En esta medida, dichas causales no deben fundamentarse en el simple capricho o el mero arbitrio, lo cual –además de contrariar los principios analizados– limita la participación. Por ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que:

[…] la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas […], puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación[[3]](#footnote-3).

En este contexto, las causales de rechazo de la oferta deben emanar directamente de la ley, del pliego de condiciones o documento equivalente en los regímenes exceptuados, pero en todo caso guardan relación con defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permitan deducir o concluir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad. En otras palabras, no pueden fundamentarse en consideraciones subjetivas, que conviertan dichas causales en inhabilidades para participar en los procesos de selección.

**2.3. Régimen de inhabilidades: importancia de la reserva legal**

Conforme a lo anotado en el numeral precedente, el rechazo está relacionado con impedimentos legales o con defectos u omisiones en el contenido o en la presentación de los documentos que conforman la propuesta. Así las cosas, conforme al marco normativo anteriormente citado, viola el principio de imparcialidad y el de selección objetiva que las causales previstas en el pliego no se fundamenten en alguno de estos motivos. De lo anterior se desprende que actuar por fuera de estos límites implica convertirlas en causales de inhabilidad, las cuales –por esencia– son reguladas por el legislador. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

Los regímenes de inhabilidades están concebidos para evitar la indebida utilización del ejercicio de las funciones públicas para el beneficio individual […] Con esta perspectiva la doctrina ha señalado que las inhabilidades se erigen en “(…) circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal…”

Dada la fuerte restricción de los derechos fundamentales que este instituto comporta, su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos[[4]](#footnote-4).

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la Ley que impiden la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o puedan celebrar contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, y garantizar el interés general. El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer una relación jurídica contractual con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha determinado que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»[[5]](#footnote-5). Estas restricciones o limitaciones que afectan la capacidad jurídica de las personas para contratar realizan los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis en el de moralidad[[6]](#footnote-6).

Así las cosas, las inhabilidades son medios que buscan garantizar la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado y para ello imponen restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, el derecho a participar en procesos de licitación y celebrar contratos con la Administración. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación debe ser taxativa y restrictiva:

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado[[7]](#footnote-7).

Asimismo, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[8]](#footnote-8).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Bajo estas circunstancias, las entidades públicas no pueden establecer en el pliego de condiciones causales de inhabilidad no previstas en la Constitución o en la ley. En consecuencia, al tratarse de una materia que tiene reserva legal, no es posible que una entidad pública establezca nuevas causales que afecten la capacidad para contratar con el Estado, ni siquiera haciéndolas pasar como causales para rechazar los ofrecimientos realizados a la entidad.

**2.3. Fundamento del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo –SARLAFT–**

La Ley 526 de 1999, modificada por las Leyes 1121 de 2006, 1621 de 2012 y 1762 de 2015, creó la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF– adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el propósito detectar prácticas asociadas con el lavado de activos, financiación del terrorismo y las conductas relacionadas con la defraudación en materia aduanera. Adicionalmente, el artículo 2 del Decreto 1497 de 2002, actualmente compilado en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015 del sector Hacienda y Crédito Público, dispuso que las entidades públicas y privadas, incluso, las pertenecientes a sectores diferentes al financiero, asegurador y bursátil, están obligadas reportar operaciones sospechosas a la UIAF.

En lo que se refiere a las normas del sector objeto de la consulta, los artículos 118 y siguientes de la Ley 1438 de 2011 determinaron el alcance de la función de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud sobre los sujetos vigilados y la forma en que se fortalece el cumplimiento de estas actividades. Además, el artículo 12 de la Ley 1474 de 2011 crea el Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas Financieras y de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que dispone que la Superintendencia Nacional de Salud debe definir para sus sujetos vigilados las medidas preventivas para su control, así como los indicadores de alerta temprana, incluyendo indicadores que permitan la identificación, prevención y reporte de eventos sospechosos de corrupción y fraude en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y, que de no cumplirse será sancionado conforme al artículo 131 de la Ley 1438 de 2011. Conforme al marco general y específico anteriormente relacionado, esto significa que las entidades vigiladas del sector salud tienen que implementar medidas para administrar el riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

Por lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular Externa No. 09 de 2016, definiendo los criterios, directrices y parámetros mínimos que deben tener en cuenta los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el diseño, implementación y funcionamiento del Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo –SARLAFT–.

En este contexto, la Superintendencia pretende que los agentes del Sistema de Seguridad Social continúen la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo con el fin de prevenir que sean utilizadas para dar apariencia de legalidad a activos que provienen de actividades delictivas o que sean utilizadas para ocultar la procedencia de recursos que sean dirigidos finalmente a la realización de actividades ilícitas.

El SARLAFT es el sistema de prevención y control que deben implementar los vigilados a quienes van dirigidas las instrucciones de la Circular Externa N° 09 de 2016 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, para la adecuada gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo. Para esto, los entes vigilados deberán adoptar unas políticas, procedimientos y herramientas mínimas que contemplen todas las actividades que realizan en desarrollo de su objeto social y que se ajusten a su tamaño, actividad económica, forma de comercialización y demás características particulares de cada agente sujeto a vigilancia.[[9]](#footnote-9). Por ello, para prevenir el riesgo de corrupción y de delitos derivados de la celebración de contratos estatales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que las entidades –tanto sometidas como exceptuadas de la Ley 80 de 1993– tienen las siguientes opciones:

(i) En los estudios previos que sustentan la contratación: a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas;

(ii) En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: a) exigir la suscripción de “pactos o compromisos de integridad” y de la “declaración de origen de fondos”; b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y c) señalar expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo;

(iii) En las cláusulas contractuales: a) incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto[[10]](#footnote-10)

En virtud de lo anterior, puede concluirse que el SARLAFT es un documento que constituye una política pública de manejo del riesgo, configurando la teoría de la debida diligencia, la cual hace referencia a una validación establecida en la gestión interna del riesgo crítico de la organización, donde se busca el aseguramiento en las relaciones contractuales con sus contrapartes. Dicho aseguramiento se busca en materia de prevención de los riesgos asociados al lavado de activos, financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, donde las compañías están expuestas a los riesgos de reputación, legales, operacionales y de contagio que afectarían ostensiblemente cualquier organización y la continuidad en la ejecución de una actividad contractual.

La debida diligencia o verificación en listas vinculantes, restrictivas y no restrictivas es una acción fundamental al interior de todos los sistemas de gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, pues se configura en la etapa de conocimiento del proveedor, así como en la vinculación del extremo contractual, satisfaciendo la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y al reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

1. **Respuesta**

«[…] la Subred Integrada de Servicios de Salud Zona Norte, dentro de sus requisitos habilitantes para contratar, viene efectuando la consulta de SARLAF (Sistema de Administración del Riesgo de lavado de activos y la financiación del Terrorismo), fundamentado en la Circular Externa de la Superintendencia Nacional de Salud, número 000009 del 21 de abril de 2016, sin embargo la misma expone la necesidad de adoptar políticas y controles para reducir riesgos en materia de contratación, en aras a evitar contratar sociedades o personas naturales vinculadas con financiación de terrorismo y lavado de activos; sin embargo, la misma fue interpretada como un indicador para determinar la idoneidad del proponente, determinándolo como un requisito habilitante». Teniendo en cuenta lo anterior, solicita conceptuar «[…] frente el alcance de la consulta SARLAFT como requisito habilitante en materia de contratación, para las entidades que contratan bajo Régimen Especial, a fin de poder mejorar nuestros procesos contractuales de cara a la normatividad vigente, como doctrina y circulares expedidas por ustedes».

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las medidas implementadas para el cumplimiento del SARLAFT, especialmente, los reportes obligatorios realizados a la Unidad de Información y Análisis Financiero, no pueden erigirse como causales de rechazo o inhabilidad de las propuestas. Al respecto, si bien la Administración tiene facultad para disponer causales de rechazo o exclusión de ofertas en sus procesos de selección, que consulten la necesidad de unas exigencias mínimas que deben satisfacer los proponentes para la ejecución del objeto contractual, lo cierto es que esas facultades no le permiten fijar requerimientos que al ser analizados a fondo puedan constituirse hechos o situaciones propias del régimen de inhabilidades o incompatibilidades.

Bajo esta perspectiva, la Circular Externa N° 09 de 2016, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, es un documento que constituye una política pública de manejo del riesgo contra el lavado de activos y financiación del terrorismo, que deben elaborar los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para cumplir de esta manera, las actividades de las que las que van a ser sujetos de inspección, vigilancia y control. En esta medida podrá contemplarse como un riesgo durante la etapa de planeación y ejecución contractual, caso en el cual –de acuerdo a lo previsto en los estudios previos, la invitación y las cláusulas del contrato– adoptará medidas para mitigar la concreción o materialización de riesgos relacionados con el lavado de activos y financiación del terrorismo.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Deisy Joanna Forero ForeroContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. Exp. 26.496. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646.C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto, la Superintendencia Nacional de Salud explica que: «El riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (LA/FT) es la posibilidad que, en la realización de las operaciones de una entidad, se introduzcan a la economía recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos o la financiación al terrorismo, y/o que estas entidades puedan ser utilizadas por organizaciones al margen de la Ley como instrumento para adquirir, resguardar, ocultar, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, recolectar, entregar, recibir, aportar, promover, organizar, apoyar, mantener, financiar, sostener, administrar, invertir o aprovechar dineros, recursos y cualquier otro tipo de bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos de recursos vinculados con las mismas» (Abecé – Circular externa 09 de 2016 – Implementación del SARLAFT). [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Rad. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-10)