

CAPACIDAD PARA COMPARRECER AL PROCESO – Noción – Distinción figura de la representación – Entidades públicas

Esta Subsección ha precisado la distinción entre la capacidad para comparecer al proceso y la figura de la representación. La primera concierne a la aptitud para fungir como parte del proceso; la segunda, corresponde a la facultad que el legislador reconoce para que una persona actúe por otra –en su nombre y representación– de modo que los efectos de los actos del mandatario recaen sobre el sujeto representado.

El inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, pueden obrar como demandantes, demandados o intervenientes, a través de sus representantes. A su vez, el art. 80 de la Ley 153 de 1887 dispone que la Nación, los departamentos y los municipios, son personas jurídicas. Comoquiera que la demanda se instauró en contra de la Nación, se trata de un sujeto que tiene capacidad procesal y está llamada a comparecer al proceso para defender la legalidad de un acto administrativo proferido por una autoridad de ese nivel.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Jefe de Estado - Jefe de Gobierno – Suprema autoridad administrativa – Constitución política artículo 115

En punto a su representación en el *sub-litio*, el artículo 115 de la Constitución Política determina que el primer mandatario puede actuar, según la función que ejerza, en la calidad de jefe de Estado, jefe de Gobierno o suprema autoridad administrativa. La primera categoría trata sobre aquellas atribuciones relativas a la soberanía y unidad nacional –como lo es, el manejo de las relaciones internacionales–; actúa como jefe de gobierno al ejercer las actividades que corresponden a la fijación de las políticas de dirección del país, para lo cual aplica el programa gubernamental y promulga las normas bajo su competencia³⁴; mientras que ejerce como suprema autoridad administrativa en lo relativo a la gestión y normal funcionamiento de la administración. Así, en lo que atañe al ejercicio de la potestad reglamentaria, el primer mandatario actúa bajo la doble condición de jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa.

REPRESENTACIÓN JUDICIAL – Entidades públicas – CPACA artículo 159 – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Representa a Presidencia de la República

El artículo 159 del CPACA establece que las entidades públicas son representadas, para efectos judiciales, por “*la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho*”. De modo que, cuando se trata de un acto proferido por la Nación – Gobierno nacional, “*la persona de mayor jerarquía que lo suscribe es, sin duda alguna, el Presidente de la República*”, sin perjuicio de que concurran también el ministro, o director de departamento administrativo, puesto que su participación en la expedición del acto es imperiosa a efectos de que tenga valor, por lo que su vinculación es mandatoria.

Lo anterior, tiene base constitucional en el art. 115 superior, que dispone que el “*Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos*”.

En esa medida, en las demandas que se promuevan contra actos administrativos expedidos por la Nación, a través del Gobierno Nacional, fungen como representantes de aquella el Presidente de la República y los ministros del ramo o los directores de departamentos administrativos que suscribieron el acto enjuiciado.

A su vez, los artículos 1 y 3 del Decreto 672 de 2017 prevén que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República –bajo la denominación “Presidencia de la República”– debe asistir al primer mandatario en su calidad de jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. En específico, le corresponde “[a]sesorar al Presidente de la República en el estudio de la constitucionalidad, legalidad y conveniencia de los distintos proyectos de ley, decretos y actos administrativos de competencia del primer mandatario”.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Criterio de competencia – Criterio de necesidad

La Carta superior asignó al legislador la tarea de hacer las leyes, y por medio de ellas la de desarrollar las competencias descritas en el art. 150 constitucional. Al Presidente de la República le confirió las facultades indicadas en el art. 189 ib., entre otras, la de “[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (núm. 11). De ahí que se establece un marco de coordinación y complementación entre la función de hacer las leyes a cargo del legislativo, como regla general, y la del ejecutivo de reglamentarlas y ejecutarlas.

La potestad reglamentaria implica la atribución para proferir normas generales, abstractas y de origen administrativo, a través de las cuales se posibilita el efectivo cumplimiento de la ley. Para su ejercicio habrá de acudirse al criterio de necesidad, a través del cual se define la amplitud con la que esta facultad se ejerce, y su alcance dependerá del margen que haya previsto el legislador para el adecuado desarrollo de sus mandatos. Así, entre mayor precisión contenga la ley para ser ejecutada, menor espacio habrá para reglamentarla y, a la inversa, existirá una mayor amplitud para la tarea de reglamentación, cuanto menor haya sido regulada la materia por el legislador.

De esta manera, la potestad reglamentaria se desenvuelve bajo dos fronteras: (i) la competencia, pues con la justificación de puntualizar la ley, no es dable extender, adicionar o reducir su contenido, lo que implica que su actuar está sometido al ámbito fijado por el legislador; y, (ii) la necesidad, pues será inoperante tal potestad en los casos en que la ley ya es clara y detallada sobre el asunto que se persigue regular.

INHABILIDADES – Alcance - Restricción a capacidad de los sujetos de derecho – Competencia del legislador

Las inhabilidades son restricciones a la capacidad de los sujetos de derecho que limitan su aptitud para establecer relaciones con el Estado, como las de ejercer funciones públicas o celebrar contratos con las entidades estatales. Operan como una suerte de requisitos negativos de manera que al configurarse impiden el acceso a cargos o funciones públicas, o a ser contratista de la Administración.

Por estar referido a una limitación a la capacidad jurídica de las personas, su determinación corresponde al legislador (arts. 6, 123 y 150.11 de la Carta Política), con excepción de los eventos directamente previstos en el texto superior –como ocurre con los arts. 122 (inciso 5), 126, 179 y 292–. De ahí que el poder legislativo cuenta con una amplia libertad de configuración, pues, bajo tal atribución, fija su alcance y efectos con los límites que señala la propia Constitución –incluyendo los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 C.P)–.

Por regla general, los supuestos que configuran las inhabilidades emanan de conductas delictivas o faltas disciplinarias, por efecto de una pena o sanción, así como de otros eventos asociados a la calidad de quien actúa, sea por el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales de quienes intervienen el procedimiento contractual, lo que denota que persiguen la protección de finalidades diversas. Por ello, atendiendo a su propósito, se han calificado como sancionatorias y preventivas; en las primeras, cuando “*cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad*”; las segundas, apuntan a la protección de principios, derechos y valores constitucionales, escenario en el que obran como “*una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante*”.

INHABILIDAD EN CONTRATACIÓN ESTATAL – Limitaciones a la libertad de los particulares para presentar ofertas y celebrar contratos con el Estado – Inhabilidad – Sanción – Carácter preventivo – Corte Constitucional

En el marco del EGCAP, las inhabilidades conllevan limitaciones a la libertad de los particulares para presentar ofertas y celebrar contratos con el Estado. Puntualmente, en lo que atañe a la hipótesis prevista en el literal j) del núm.1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, el legislador construyó una inhabilidad de orden preventivo, no sancionatorio, –según pronunciamiento de exequibilidad proferido por la Corte Constitucional – también conocida como inhabilidad requisito.

[...]

El supuesto normativo que informa la citada inhabilidad fijó como hito la expedición de una sentencia condenatoria de primera instancia por delitos o faltas relacionadas con actos de corrupción, que opera aun cuando no se hubiere resuelto su impugnación. Este planteamiento lleva a advertir un cariz sancionatorio en la referida inhabilidad, pues su configuración pende de una decisión judicial de condena a partir de la cual surge la restricción dispuesta en la ley, presentándose una modulación en torno sus efectos.

Sin embargo, bajo el juicio de exequibilidad que sobre tal normativa se realizó, el máximo tribunal constitucional precisó que el legislador no estableció dicha causal como fruto de la decisión sancionatoria, pues ello conduciría a aplicar las consecuencias de la condena a un fallo que no ha cobrado firmeza; y explicó que dicho supuesto obra como base del diseño de una figura diversa, la inhabilidad, que corresponde a un mecanismo de prevención que restringe la capacidad para contratar a los sujetos a los que la norma se dirige, en un escenario fáctico y temporal definido.

De ahí que la lectura de la norma en clave constitucional, conduzca a entender que su consagración en la ley se traduce en una medida enderezada a mitigar el riesgo de propagación de los actos de corrupción durante el lapso que dura la resolución de los recursos, lo que justifica que la expedición de una primera decisión condenatoria fuese el fundamento fáctico de su configuración. Esto es lo que explicita su carácter preventivo.

INHABILIDAD – Literal j numeral 1 artículo 8 de la Ley 80 de 1993 – Características – Elementos que la integran

De acuerdo con lo anterior, los elementos que integran la inhabilidad examinada se resumen, así:

(i) Procede respecto de personas naturales declaradas responsables por la comisión de los delitos contra la Administración pública, así como los punibles o faltas de que trata la Ley 1474 de 2011 y las conductas delictivas contenidas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción vinculantes para Colombia.

(ii) Aplica frente a personas jurídicas declaradas responsables administrativamente por soborno transnacional. Igualmente, respecto de las personas jurídicas a las que se les suspendió su personería, o cuando su representante legal, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o 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.

(iii) Tiene una finalidad preventiva, comoquiera que aplica respecto de decisiones que no están en firme, esto es, en aquellos asuntos en que se profirió una sentencia o decisión condenatoria y está pendiente su impugnación.

(iv) No sólo aplica respecto de la persona natural o jurídica ejecutora de la conducta declarada responsable, según el caso, sino que se extiende a las sociedades de las que éstas hagan parte, en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes.

(v) Frente a las referidas sociedades, también procede en relación con sus matrices y subordinadas, sucursales de las sociedades extranjeras y grupos empresariales a los que pertenezcan los entes societarios, cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo.

(vi) Se extiende de forma permanente tanto a las sociedades como a las personas naturales que les aplica.

ARTÍCULO 1 DECRETO 1358 DE 2020 - Reglamentación inhabilidad literal j numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 – Ausencia de exceso de potestad reglamentaria

Esta norma regula el trámite para la solicitud de las sentencias penales extranjeras y de las sanciones administrativas impuestas a personas naturales, por las conductas mencionadas en la ley, a fin de publicarlas y registrarlas en el RUP, en aras de hacer efectiva la inhabilidad objeto de reglamentación. A su vez, desarrolla el registro y publicidad de las sentencias dictadas por los jueces penales colombianos.

La expresión demandada –“ha actuado”– tiene como función desarrollar el lit. j) del núm. 1 de la Ley 80 de 1993 en lo relacionado con el trámite atinente a la solicitud y publicidad de las decisiones proferidas por los jueces penales colombianos y por las autoridades extranjeras en los casos en que se funda la citada inhabilidad.

Tal disposición prevé que cuando se trate de providencias dictadas contra personas naturales, la ANDJE debe requerir a la cámara de comercio respectiva para que informe 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.

El reproche del demandante se centra en la conjugación de la restricción consagrada en la ley, al señalar que fue excedida por el reglamento, en tanto la norma prevé la extensión de la inhabilidad aplicada a la persona natural declarada responsable, a las sociedades, sus matrices, subordinadas, sucursales extranjeras y grupos empresariales a los que pertenezcan, siempre que se trate de las personas jurídicas de las que aquella *haga parte*, en las calidades aludidas,

al paso que el Decreto 1358 de 2020 amplió ese escenario al fijar un contexto temporal de mayor alcance, toda vez que ordena a las cámaras de comercio rendir informe sobre las sociedades en que actúa o *ha actuado* la persona condenada, en las condiciones referidas.

El legislador fue expreso en establecer que la restricción para participar en procesos de selección y celebrar negocios jurídicos con entidades estatales procede desde que se profiera la decisión condenatoria contra la persona natural, por las conductas referidas en la ley, y aunque se encuentre en curso la impugnación contra esta determinación. De modo que cuando la ley incluye la expresión *hagan parte* se refiere al momento en que las personas naturales fueron declaradas responsables en primera instancia por tales conductas, pues corresponde al hito que determina la configuración de la restricción en sede de contratación; es decir, se trata del supuesto fáctico que configura la causal de inhabilidad analizada.

No puede perderse de vista que la expresión utilizada por el reglamento "*ha actuado*", desarrolla la publicidad relacionada con las decisiones sancionatorias de autoridades extranjeras (art. 2.2.3.2.3.2.) y sentencias proferidas por jueces penales colombianos (art. 2.2.3.2.3.3.) en el marco del trámite que se debe adelantar para conocer acerca de esas decisiones, y para inscribir tal inhabilidad en el RUP. De modo que la expresión demandada no desconoce la norma que desarrolla, ni incurre en un exceso de la potestad reglamentaria pues, como es apenas natural, de cara al orden cronológico de los hechos y al mismo trámite, se requiere información completa del sujeto desde la fecha de la sanción respectiva, por ser el momento a partir del cual se configura la citada inhabilidad.

[...]

En este trámite, la conjugación utilizada es razonable y conforme con la ley, pues la materialización de la restricción no procede con la sola petición de información ante la Cámara de Comercio y ni siquiera con la respuesta que se dé a tal requerimiento, ya que es imprescindible que la ANDJE valide los supuestos que el Legislador ha definido como desencadenantes de la inhabilidad preventiva. De modo que a partir de la verificación de su concreción se solicita la inscripción en el RUP, lo cual confirma la seguridad jurídica con la que se debe leer la inhabilidad en clave de certeza. Este accionar, como se ve, no desconoce el mandato de la ley; al contrario, lo hace plausible al abstenerse de dejar fuera de su ejecución los supuestos que la comprenden.

ARTICULO 1 DECRETO 1358 DE 2020 - Reglamentación inhabilidad literal j numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 – No hubo exceso de potestad reglamentaria -

Las expresiones "*hagan parte*" prevista en la ley, y "*ha actuado*" consagrada en el reglamento, no revelan una pugna o una superposición entre ellas; en cambio, denotan un enlace que permite hilarlas para alcanzar la debida ejecución del mandato legal, puesto que la expresión incluida en la norma reglamentaria hace

factible la correcta verificación de las calidades que ha ostentado la persona natural dentro de los entes societarios, en aras de confirmar, con grado de certidumbre, si se configuró el evento que restringe la capacidad de éstos para vincularse a través de relaciones negociales con el Estado, desde el momento fijado por el legislador, no antes.

De este modo, no media un exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno nacional al incluir la locución enjuiciada, dado que su entendimiento no procede de forma descontextualizada frente a la norma que desarrolla, sino que, al compás de ésta, conlleva a establecer el itinerario conforme al cual se despliega por la ANDJE la labor de verificación a través del requerimiento a la cámara de comercio respectiva, desde el momento en que la persona vinculada a la actuación penal fue declarada responsable en primera instancia, y en la actualidad, lo cual se corresponde con el hito específico que el legislador designó como punto de concreción del supuesto restrictivo a la capacidad contractual de esos sujetos.

Se destaca que el reglamento no hace más que materializar los principios de colaboración y coordinación administrativa dentro del marco legal, a fin de que la inhabilidad sea conocida por todos los actores inmiscuidos en la contratación pública mediante su posterior anotación en el RUP, de modo que sin la validación correcta de la información se tornaría insustancial la inhabilidad, ante la ausencia de herramientas apropiadas para que la Administración pueda conocer de las decisiones que activan el supuesto consagrado en la norma.

[...]

Cuando el reglamento consagra la tarea de la ANDJE de requerir a la cámara de comercio respectiva, 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, lo hace para tener certidumbre sobre su vinculación al ente societario, desde que se profirió la decisión condenatoria de primera instancia. Esta expresión no habilita a verificar tales condiciones sin límite alguno, es decir, en cualquier tiempo anterior a dicha condena. La facultad se contrae a constatar tal información desde el momento en que se profiera la mencionada decisión.

La locución debatida no infringe las normas en que debía fundarse; al contrario, logra la finalidad preventiva que persigue la inhabilidad establecida por el legislador en el lit. j) del núm. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, en tanto hace factible la validación correcta de la información que activa el supuesto restrictivo para la contratación estatal, de otro modo, se tornaría vacía la limitación legal ante la ausencia de herramientas apropiadas para que la Administración pueda conocer las decisiones que concretan el evento consagrado en la ley.

La norma enjuiciada materializa los propósitos de lucha anticorrupción que el Estado Colombiano ha adquirido en el contexto internacional y, a través de la determinación de la publicidad definida en el reglamento, permite que desate sus efectos.

La habilitación en la verificación de las calidades ejercidas por la persona natural declarada responsable, se proyecta en la adopción de mecanismos de autorregulación societarios más efectivos y exigentes, que eviten la potencial instrumentalización de estos entes sociales en actos de corrupción. Así se completa el circuito de prevención que persigue la protección de la moralidad administrativa y del patrimonio público.

La expresión debatida no altera el supuesto legal, lo hace plausible. Los documentos aportados, provenientes del Ministerio de Justicia, no pueden tenerse como manifestaciones que comprometan la legalidad de la norma enjuiciada.

El Gobierno nacional no sobrepasó su competencia al reglamentar la inhabilidad estudiada, puesto que su desarrollo se ajustó al marco sustancial y temporal que la ley determina.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 11001032600020220013400 (68.563)
Demandantes: Asesorías Arrubla Devis Amaya Abogados S.A.S.
Demandado: Nación – Presidencia de la República y otros
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

TEMAS: SIMPLE NULIDAD –decreto reglamentario que desarrolla una inhabilidad contemplada en la Ley 80 de 1993 / POTESTAD REGLAMENTARIA – competencia constitucional atribuida al Gobierno nacional - sus límites están dados por el contenido mismo de la ley que desarrolla / INHABILIDAD– restricción en la capacidad de los sujetos para contratar con el Estado, cuya determinación solo procede en virtud de la Constitución o la ley, de enunciación taxativa e interpretación restrictiva

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir las pretensiones de nulidad promovidas contra el artículo 1 del Decreto 1358 de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de junio de 2022¹, Asesorías Arrubla Devis Amaya Abogados S.A.S., presentó demanda contra la Nación - Presidencia de la República, con el fin de que se declare la nulidad de la expresión “ha actuado” incluida en los incisos quinto y décimo del artículo 1 del Decreto 1358 de 2020², expedido por el Gobierno Nacional³, cuyo tenor literal es el siguiente (se resalta el aparte demandado):

“ARTÍCULO 1. Adíjíñese una Sección 3 al Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, la cual quedará así:

SECCIÓN 3.

SOLICITUD Y PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS PENALES 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 DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR CONDUCTAS DE SOBORNO TRASNACIONAL.

(…)

ARTÍCULO 2.2.3.2.3.2. DE LA PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS. Una vez se reciban las

¹ Índice 2, SAMAI.

² “Por el cual se reglamenta el literal j del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019 y se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

³ Suscrito por el presidente de la República, los ministros de (i) Relaciones Exteriores, (ii) Justicia y del Derecho, (iii) Comercio, Industria y Turismo; y por el director del Departamento Nacional de Planeación.

Expediente 11001032600020220013400 (68.563)
Demandante: Asesorías Arrubla Devís Amaya Abogados S.A.S.
Demandado: Nación - Presidencia de la República y otros
Referencia: Nulidad

decisiones de que trata el artículo 2.2.3.2.3.1 del presente Decreto, la dependencia que para el efecto determine el Ministro de Relaciones Exteriores, en un término de diez (10) días hábiles, las remitirá a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien tendrá el término de un (1) mes, contado a partir de la recepción de la información, para verificar mediante oficio con el carácter de acto de trámite, que la misma haya sido enviada con el lleno de requisitos formales.

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.

Cuando se trate 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.

PARÁGRAFO. *En caso de que la sentencia de primera instancia o la sanción administrativa, no se encuentre ejecutoriada, tal situación será informada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a la Cámara de Comercio correspondiente, para efectos de la inscripción a en el Registro Único de Proponentes (RUP) a la que hace referencia el presente artículo. Cuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tenga conocimiento de que las decisiones inscritas acorde con lo establecido en el presente artículo sean revocadas, solicitarán tales decisiones, observando el mismo procedimiento aquí establecido, y las remitirá a la Cámara de Comercio correspondiente, con la solicitud del levantamiento de la anotación de inhabilidad del Registro Único de Proponentes (RUP).*

ARTÍCULO 2.2.3.2.3.3. DE LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR JUECES PENALES COLOMBIANOS. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.2.1.1.5. 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 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 (...)" (se resalta).

Fundamentos de la demanda

2. Indica el demandante que la Ley 2014 de 2019, “[p]or medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”, modificó el literal j) del núm.1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, que consagra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con las entidades estatales.
3. La norma expedida fue objeto de reglamentación por el Gobierno nacional, mediante el Decreto 1358 de 2020 –que agregó la Sección 3 al capítulo 2, parte 2 del libro 2 del Decreto 1069 de 2015⁴, es decir, los arts. 2.2.3.2.3.1. al 2.2.3.2.3.5. de esta última normativa– en el que estableció el trámite para solicitar, publicar y/o conocer las sentencias penales o sanciones administrativas por la comisión de delitos contra la Administración pública, delitos o faltas previstos en la Ley 1474 de 2011.
4. Para el actor, la expresión “*ha actuado*”, objeto de censura, vulnera los arts. 189.11 de la Carta Política y 8° de la Ley 80 de 1993, en tanto excede el precepto legal que reglamenta.
5. En el concepto de la violación, adujo lo siguiente:
 - a) *Nulidad por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.* Señala que el lit. j) del núm. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993 consagra como único supuesto de inhabilidad extensivo a las sociedades respecto de las personas naturales condenadas por los delitos o las faltas que allí se mencionan, quienes al momento de declararse su responsabilidad *hagan parte* de esas personas jurídicas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta o socios controlantes. Sin embargo, el reglamento amplió ese supuesto, mediante una modificación en la conjugación, al indicar que esa restricción también procede frente a todas las sociedades en las que han actuado esas personas.
 - b) *Nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse.* Plantea que el término “*ha actuado*”, en la disposición debatida, (i) omite que la inhabilidad prevista en el lit. j) del núm. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993 es un mecanismo de prevención frente a actos de corrupción, no una sanción, de manera que la norma reglamentaria sobrepasa el propósito de la restricción legal; (ii) desconoce la tipicidad rígida e interpretación restrictiva de las inhabilidades, al extender su configuración al pasado, pese a que la ley siempre ha mantenido su conjugación

⁴ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

en tiempo presente⁵; y, (iii) contraviene la tarea de los particulares sobre sus mecanismos de autorregulación y control interno para garantizar buenas prácticas en materia de transparencia en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ya que para las sociedades resultaría irrelevante estructurar tales instrumentos si no actúan de forma preventiva y si no tiene repercusión alguna sobre el restablecimiento de su capacidad de contratar con el Estado.

(c) *Nulidad por falta de competencia*, pues el Gobierno nacional sobrepasó su facultad reglamentaria y desplegó una competencia que sólo atañe al legislador.

Contestaciones de la demanda⁶

6. La **Presidencia de la República**⁷ se opuso a las pretensiones, y como medios exceptivos planteó:

(i) “*inexistencia de violación alguna de normas superiores*”, pues la expresión cuestionada se acompaña al orden constitucional y los preceptos de mayor jerarquía, ya que no se limita al tiempo pasado, sino que emplea el verbo “haber” en pretérito perfecto, precisando que la inhabilidad procede preventivamente aun en los casos de sociedades de las que hacen parte las personas naturales condenadas, o beneficiadas por un principio de oportunidad, con relación a cualquier delito contra la administración pública, o por punibles y faltas descritas por la Ley 1474 de 2011;

(ii) “*indebida integración del contradictorio e indebida representación de la Nación por parte de la Presidencia de la República y de la Presidencia de la República*”, en tanto la representación de la Nación frente a los actos suscritos por el Gobierno nacional, corresponde al ministro o director del departamento del ramo respectivo y no al presidente, así que los llamados a intervenir son el DNP y el Ministerio de Justicia y del Derecho⁸. El presidente de la República, por conducto de la Presidencia, solo asume la defensa de algunos actos referidos a contratos suscritos por él a nombre de la Nación –inciso quinto del art. 159 del CPACA–; y,

(iii) la excepción “*innominada*”⁹.

7. El **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**¹⁰ también se opuso a las súplicas incoadas. Afirmó que los incisos quinto y décimo del art. 1 del Decreto 1358 de 2020 son producto de la facultad de reglamentación otorgada por la ley¹¹.

⁵ Añadió que: “La inclusión de la expresión ‘ha actuado’ no resulta menor, pues cambia radicalmente el alcance del literal j) al extender el supuesto de hecho de la inhabilidad consignada en el mismo e imponer una carga desproporcionada a las sociedades que pretenden contratar con el Estado o que han celebrado contratos con el mismo, que ya no solo tendrán que vigilar y tomar medidas frente a las personas con las que sostienen algún tipo de relación jurídica o económica, sino que además, deberán controlar las acciones de aquellos con los que ya no tienen vínculo alguno (...).”

⁶ En auto del 20 de octubre de 2022, se admitió la demanda y se ordenó notificar a la Presidencia de la República, y a los ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Comercio Industria y Turismo, y al DNP –índice 4, SAMAI–.

⁷ Índice 26, SAMAI.

⁸ Explicó que en atención a los arts. 115 de la Constitución Política y 159 del CPACA, “la representación judicial de la Nación, frente a la nulidad de las normas que se demandan, corresponde al jefe de la administración de la dependencia que tiene por función la formulación de la política pública de su respectivo sector, sin que resulte imperativo contar con la integración del máximo mandatario dentro del respectivo medio de control ... el Primer Mandatario NO es sujeto procesal salvo en las excepciones del artículo 115 de la Constitución Política y el inciso quinto del artículo 159 del C.P.A.C.A. Tampoco actúa en nombre y representación legal ni judicial de entidad alguna, porque él no es la autoridad de mayor jerarquía de las entidades de la rama ejecutiva del Orden Nacional, en tanto lo son los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos en el orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público”.

⁹ Pidiendo que se reconozca cualquier otro medio de defensa que se acredite en el plenario.

¹⁰ Índice 28, SAMAI.

¹¹ No explicó con mayor profundidad la razón aludida.

8. **El Ministerio de Justicia y del Derecho**¹² anotó que la previsión enjuiciada no extiende el alcance de la inhabilidad contemplada en la ley. Para estos efectos aduce que el Decreto 1358 de 2020 estableció los parámetros para que se surta la publicidad de las sanciones y penas impuestas por autoridades extranjeras y nacionales. La conjugación “*ha actuado*” versa sobre una conducta que tiene efectos en el presente, siendo concordante con el fin de la norma que reglamenta, que procura que se informe “*no solo de las sociedades respecto de las cuales la persona natural condenada o sancionada actúa, sino que también ha actuado en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante*”.

9. **El Ministerio de Relaciones Exteriores**¹³ sostuvo que el precepto debatido se ajusta al ordenamiento jurídico, y que las pretensiones se basan en una apreciación subjetiva y sin soporte, pues la norma acusada regula el trámite para recaudar información que permita valorar y dar cumplimiento al contenido de la ley.

10. **El DNP**¹⁴ aseveró que la expresión demandada no contradice la ley, no crea una nueva causal de inhabilidad, ni es oscura; en cambio, procura el cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Intervención del coadyuvante del extremo activo¹⁵

11. La Cámara Colombiana de Infraestructura –CCI– aseguró que el art. 8 de la Ley 80 de 1993 es claro en establecer que para que la inhabilidad se extienda a la sociedad es necesario que la persona natural *haga* parte de aquella; sin embargo, el Decreto reglamentario modificó la ley, al señalar que se refiere a quien haya detentado (en tiempo pasado) las calidades indicadas en la ley. Aportó dos oficios¹⁶ en los que el Ministerio de Justicia reconoció que la conjugación demandada “*constituye un yerro que debe ser corregido*”¹⁷.

Trámite procesal

12. En proveído del 22 de febrero de 2023 se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional¹⁸. Igualmente, en auto del 21 de febrero de 2024¹⁹ se resolvió de manera negativa la excepción de “*indebida integración del contradictorio e indebida representación de la Nación*”.

13. Mediante providencias del 14 de mayo²⁰ y 2 de septiembre de 2024²¹, esta Corporación prescindió de la audiencia inicial, para dictar sentencia anticipada, al tratarse de un asunto de puro derecho en el que no hay pruebas. Se fijó el litigio²²

¹² Índice 24, SAMAI.

¹³ Índice 23, SAMAI.

¹⁴ Índice 27, SAMAI.

¹⁵ Con auto del 22 de marzo de 2023 esta Corporación aceptó la coadyuvancia formulada por el solicitante (Índice 40, SAMAI).

¹⁶ Oficios: MJD-OFI22-0022431-GAA-1500 del 22 de junio de 2022 y MJD-OFI22-0026788-GAA-1500 del 25 de julio de 2022.

¹⁷ Índice 25, SAMAI.

¹⁸ Índice 33, SAMAI.

¹⁹ Índice 60, SAMAI.

²⁰ Índice 70, SAMAI.

²¹ Índice 82, SAMAI.

²² Se fijó el litigio en los siguientes términos: “... el **OBJETO DEL LITIGIO** se contrae a determinar si la expresión “*ha actuado*”, contenida en los incisos 2º de los artículos 2.2.3.2.3.2 y 2.2.3.2.3.3 del Decreto 1069 de 2015, adicionados por el artículo 1º del Decreto 1358 de 2020 (incisos 5º y 10º), expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamentó el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, adolece de nulidad al excederse las facultades reglamentarias que

y se incorporaron las pruebas documentales allegadas al proceso²³; luego, se corrió traslado a las partes para ejercer su derecho de contradicción y, posteriormente, para alegar de conclusión²⁴.

14. En esta oportunidad, el DNP²⁵, los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo²⁶, de Justicia y Derecho²⁷ y de Relaciones Exteriores²⁸ reiteraron las razones expuestas en sus contestaciones. La Presidencia aseguró que la actora no probó que la locución atacada extienda los alcances de la inhabilidad examinada²⁹.

15. La demandante³⁰ insistió en sus planteamientos y sostuvo que el propio Ministerio de Justicia y del Derecho, en los oficios aportados al *sub-lit*e, reconoció que la expresión censurada iba más allá de la ley. Añadió que la interpretación de las entidades públicas, de que el término enjuiciado también se refiere a personas que “*hayan sido declaradas responsables*”, busca justificar la extensión del supuesto de hecho fijado en la ley, a personas que ya no tienen ningún rol en la persona jurídica objeto de la inhabilidad.

16. Afirmó que si bien una de las interpretaciones de la expresión “*ha actuado*”, dada su conjugación en el tiempo pretérito perfecto, permite acoger una acción que se inició en el pasado que aún produce efectos en el presente, tal entendimiento no es el único, ni el más usual, en tanto la misma se extiende a conductas que ocurrieron en el pasado y ya terminaron. De esta manera, la sola divergencia de posibles interpretaciones, por sí sola, debe dar lugar a su nulidad.

17. El Ministerio Público³¹ señaló que la norma enjuiciada no altera la inhabilidad contenida en el EGCAP, pues lo que desarrolla es el principio de publicidad y, con ello, la divulgación de las decisiones judiciales relevantes para el efecto³².

II. CONSIDERACIONES

18. El centro del debate se sitúa en determinar si la expresión “*ha actuado*” incluida en los incisos quinto y décimo del art. 1 del Decreto 1358 de 2020 debe anularse por infringir normas superiores, o por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria. Para solventar la censura, la Sala precisará el contenido de esta norma y el contexto que le dio origen, junto con el análisis de la disposición reglamentaria, no sin antes referirse a la representación de la Nación por parte de la Presidencia de la República en el presente proceso.

dispuso la Constitución para ser ejercidas por el Presidente de la Repùblica y sus ministros (gobierno nacional), y por infracción de las normas en que debía fundarse el Decreto 1358 de 2020”.

²³ Estos son: (i) Decreto 133 del 5 de febrero de 2021, por medio del cual se nombró al doctor Víctor Manuel Muñoz Rodríguez como Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Repùblica; (ii) Decreto 1358 de 16 de octubre de 2020, “*Por el cual se reglamenta el literal j del numeral 10 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019 y se adiciona el Decreto 1069*” –(i) y (ii) aportados por el actor–; (iii) antecedentes administrativos del decreto demandado –allegado por el Ministerio de Relaciones Exteriores–; (iv) comunicación 1-3-452022-21059 del 4 de mayo de 2022, dirigida al Ministerio de Justicia y del Derecho y al DNP –aportado por la CCI–; y (v) oficios MJD-OFI22-0022431-GAA-1500 del 22 de junio y MJD-OFI22-0026788- GAA-1500 del 25 de julio de 2022, emitidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho –allegados por la CCI y la demandante–.

²⁴ Índice 93, SAMAI.

²⁵ Índice 97, SAMAI.

²⁶ Índice 102, SAMAI.

²⁷ Índice 106, SAMAI.

²⁸ Índice 98, SAMAI.

²⁹ Índice 103, SAMAI.

³⁰ Índice 101, SAMAI.

³¹ Índice 100, SAMAI.

³² El término concedido a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto corrió del 18 al 29 de noviembre de 2024. Luego de los trámites secretariales, el asunto ingresó al despacho para fallo el 10 de febrero de 2025.

19. Esta Subsección³³ ha precisado la distinción entre la capacidad para comparecer al proceso y la figura de la representación. La primera concierne a la aptitud para fungir como parte del proceso; la segunda, corresponde a la facultad que el legislador reconoce para que una persona actúe por otra –en su nombre y representación– de modo que los efectos de los actos del mandatario recaen sobre el sujeto representado.

20. El inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, pueden obrar como demandantes, demandados o intervenientes, a través de sus representantes. A su vez, el art. 80 de la Ley 153 de 1887 dispone que la Nación, los departamentos y los municipios, son personas jurídicas. Comoquiera que la demanda se instauró en contra de la Nación, se trata de un sujeto que tiene capacidad procesal y está llamada a comparecer al proceso para defender la legalidad de un acto administrativo proferido por una autoridad de ese nivel.

21. En punto a su representación en el *sub-lit*e, el artículo 115 de la Constitución Política determina que el primer mandatario puede actuar, según la función que ejerza, en la calidad de jefe de Estado, jefe de Gobierno o suprema autoridad administrativa. La primera categoría trata sobre aquellas atribuciones relativas a la soberanía y unidad nacional –como lo es, el manejo de las relaciones internacionales–; actúa como jefe de gobierno al ejercer las actividades que corresponden a la fijación de las políticas de dirección del país, para lo cual aplica el programa gubernamental y promulga las normas bajo su competencia³⁴; mientras que ejerce como suprema autoridad administrativa en lo relativo a la gestión y normal funcionamiento de la administración³⁵. Así, en lo que atañe al ejercicio de la potestad reglamentaria, el primer mandatario actúa bajo la doble condición de jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa³⁶.

22. El artículo 159 del CPACA establece que las entidades públicas son representadas, para efectos judiciales, por “*la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho*”. De modo que, cuando se trata de un acto proferido por la Nación – Gobierno nacional, “*la persona de mayor jerarquía que lo suscribe es, sin duda alguna, el Presidente de la República*”³⁷, sin perjuicio de que concurran también el ministro, o director de departamento administrativo, puesto que su participación en la expedición del acto es imperiosa a efectos de que

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2023, radicación 11001032400020220039300 (69.231), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de abril de 2023, número 2501, C.P. Edgar González López.

³⁵ En el concepto precitado, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación precisó la calidad que ostenta el presidente de la República frente a cada una de las funciones descritas en el artículo 189 de la Carta Política. Así, detalló que actúa como jefe de Gobierno en ejercicio de las funciones de que tratan los núm. 3, 4, 9, 10, 11 y 12, como jefe de Estado en las atribuciones de los núm. 2, 5, 6 y 7 y como suprema autoridad administrativa en las tareas relacionadas en los núm. 1 y 13 a 28.

³⁶ “...)*en el marco de producción de las normas jurídicas, la potestad reglamentaria faculta al Ejecutivo a expedir reglamentaciones para la cumplida ejecución de las leyes, sin que, claro está, se sobrepasen los límites de las materias sujetas a reserva de ley. Esta potestad dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 Superior, habilita al presidente de la República en su doble condición de jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa para expedir reglamentos de carácter general y abstracto que facilitan la ejecución de la ley, detallando los aspectos técnicos y operativos necesarios para tal propósito, sin que pueda modificar, ampliar o restringir su contenido y alcance*”. Corte Constitucional, sentencia C-219 del 19 de abril de 2017.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 21 de julio de 2021, radicación 11001-03-24-000-2016-00019-00, C.P. Oswaldo Giraldo López.

tenga valor, por lo que su vinculación es mandatoria³⁸. Lo anterior, tiene base constitucional en el art. 115 superior, que dispone que el “*Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos*”.

23. En esa medida, en las demandas que se promuevan contra actos administrativos expedidos por la Nación, a través del Gobierno Nacional, fungen como representantes de aquella el Presidente de la República y los ministros del ramo o los directores de departamentos administrativos que suscribieron el acto enjuiciado³⁹.

24. A su vez, los artículos 1 y 3 del Decreto 672 de 2017 prevén que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República –bajo la denominación “*Presidencia de la República*”– debe asistir al primer mandatario en su calidad de jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. En específico, le corresponde “[a]sesorar al Presidente de la República en el estudio de la constitucionalidad, legalidad y conveniencia de los distintos proyectos de ley, decretos y actos administrativos de competencia del primer mandatario”.

25. Aquél departamento está integrado por varias dependencias, entre ellas, la Secretaría Jurídica, a la que le compete “[r]evisar, estudiar, formular observaciones y emitir conceptos sobre los proyectos de decreto, resoluciones ejecutivas y directivas presidenciales sometidas a consideración del Presidente de la República”, así como “[r]epresentar judicial y extrajudicialmente a la Presidencia de la República en los procesos en que sea parte por delegación del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República ...” –núm. 8 y 12 del art. 27 del Decreto 672 de 2017–. Igualmente, mediante el Decreto 245 de 2019, el primer mandatario delegó en el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República “la facultad de notificarse, representar y conferir poderes en nombre del Presidente de la República, en todas las actuaciones prejudiciales, las conciliaciones extrajudiciales y los procesos judiciales que le sean notificados, en los que se constituya en parte y en general en todas las actuaciones que se surtan ante la Rama Judicial y ante la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP”.

26. Por consiguiente, en este proceso se ha cumplido con la debida representación de la Nación, en tanto esta se encuentra a cargo del Presidente de la República, de los ministros y del director del departamento administrativo que suscribieron el acto enjuiciado, con la precisión de que la representación de aquel está atribuida al secretario jurídico de la Presidencia de la República.

27. Precisado lo anterior, la Sala pasa a analizar los dos aspectos centrales que se cuestionan bajo los cargos de ilegalidad: el alcance de la potestad reglamentaria asignada al presidente de la República y la naturaleza de las inhabilidades

³⁸ A voces del mencionado artículo 115 de la Constitución Política, para que los actos del presidente de la República tengan fuerza y valor es necesario que sean suscritos también por el ministro o director del departamento pertinente, excepto en los eventos de nombramientos y remoción de funcionarios en los aludidos cargos o respecto de los actos dictados por aquel como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa. Tal exigencia de enlace de las voluntades del primer mandatario con el ministro o director correspondiente deviene de la expresa determinación, contenida en el referido artículo, que indica que “[e]l Gobierno Nacional está formado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos”.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 9 de noviembre de 2021, radicación 11001-03-24-000-2020-00378-00, C.P. Oswaldo Giraldo López.

contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP, plataforma necesaria para desatar los cargos de la censura.

28. De acuerdo con la Constitución Política, la estructura general del Estado Colombiano se define bajo un modelo de organización conformado por ramas del poder público y por órganos autónomos e independientes, cada uno singularizado en sus funciones, pero articulados bajo el principio de colaboración armónica (art. 113).

29. La Carta superior asignó al legislador la tarea de hacer las leyes, y por medio de ellas la de desarrollar las competencias descritas en el art. 150 constitucional. Al Presidente de la República le confirió las facultades indicadas en el art. 189 ib., entre otras, la de “*[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*” (núm. 11). De ahí que se establece un marco de coordinación y complementación entre la función de hacer las leyes a cargo del legislativo, como regla general, y la del ejecutivo de reglamentarlas y ejecutarlas.

30. La potestad reglamentaria implica la atribución para proferir normas generales, abstractas y de origen administrativo, a través de las cuales se posibilita el efectivo cumplimiento de la ley. Para su ejercicio habrá de acudirse al criterio de necesidad, a través del cual se define la amplitud con la que esta facultad se ejerce, y su alcance dependerá del margen que haya previsto el legislador para el adecuado desarrollo de sus mandatos. Así, entre mayor precisión contenga la ley para ser ejecutada, menor espacio habrá para reglamentarla y, a la inversa, existirá una mayor amplitud para la tarea de reglamentación, cuanto menor haya sido regulada la materia por el legislador⁴⁰.

31. De esta manera, la potestad reglamentaria se desenvuelve bajo dos fronteras⁴¹: (i) la competencia, pues con la justificación de puntualizar la ley, no es dable extender, adicionar o reducir su contenido, lo que implica que su actuar está sometido al ámbito fijado por el legislador; y, (ii) la necesidad, pues será inoperante tal potestad en los casos en que la ley ya es clara y detallada sobre el asunto que se persigue regular⁴².

32. De acuerdo con estas exigencias, para precisar el ámbito de tal potestad es necesario acudir a la disposición legal que se desarrolla, como la mejor manera de identificar el alcance asignado por la ley al precepto objeto de reglamentación. El *sub-lite* se ubica en el régimen de inhabilidades en la contratación estatal, previsto en la Ley 80 de 1993.

33. Las inhabilidades son restricciones a la capacidad de los sujetos de derecho que limitan su aptitud para establecer relaciones con el Estado, como las de ejercer

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, radicación 11001032600020160001700 (56.307), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente: 36.054, C. P. Enrique Gil Botero.

⁴² “Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de agosto de 2008, expediente: 01-0295-04.

funciones públicas o celebrar contratos con las entidades estatales. Operan como una suerte de requisitos negativos⁴³ de manera que al configurarse impiden el acceso a cargos o funciones públicas, o a ser contratista de la Administración.

34. Por estar referido a una limitación a la capacidad jurídica de las personas, su determinación corresponde al legislador (arts. 6, 123 y 150.11 de la Carta Política), con excepción de los eventos directamente previstos en el texto superior –como ocurre con los arts. 122 (inciso 5)⁴⁴, 126⁴⁵, 179⁴⁶ y 292⁴⁷–. De ahí que el poder legislativo cuenta con una amplia libertad de configuración, pues, bajo tal atribución, fija su alcance y efectos con los límites que señala la propia Constitución –incluyendo los tratados internacionales de derechos humanos (art. 93 C.P.)⁴⁸.

35. Por regla general, los supuestos que configuran las inhabilidades emanan de conductas delictivas o faltas disciplinarias, por efecto de una pena o sanción, así como de otros eventos asociados a la calidad de quien actúa, sea por el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales de quienes intervienen el procedimiento contractual⁴⁹, lo que denota que persiguen la protección de finalidades diversas. Por ello, atendiendo a su propósito, se han calificado como sancionatorias y preventivas; en las primeras, cuando “*cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad*”⁵⁰; las segundas, apuntan a la protección de principios, derechos y valores constitucionales,⁵¹ escenario en el que obran como “*una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante*”⁵².

36. En el marco del EGCAP, las inhabilidades conllevan limitaciones a la libertad de los particulares para presentar ofertas y celebrar contratos con el Estado. Puntualmente, en lo que atañe a la hipótesis prevista en el literal j) del núm.1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, el legislador construyó una inhabilidad de orden preventivo, no sancionatorio, –según pronunciamiento de exequibilidad proferido por la Corte Constitucional⁵³– también conocida como inhabilidad *requisito*, cuyo contenido es el siguiente:

⁴³ Sentencia C-348 de 2004 de la Corte Constitucional.

⁴⁴ Relativo a la inhabilidad para quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, con ocasión de la comisión de los delitos allí referidos.

⁴⁵ A través de esta norma se determinaron “tres prohibiciones diferentes que, indirectamente, implican una restricción para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado. Primero, la prohibición a los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan cierto grado de parentesco. Segundo, la prohibición para nombrar o postular como servidores públicos o celebrar contratos estatales con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior. Por último, la prohibición de reelección (inelegibilidad) para determinados cargos o para ser elegido a un cargo de elección popular, hasta un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas en dicho artículo. Este fenómeno ha sido denominado puerta giratoria” (SU-207 de 2022 de la Corte Constitucional).

⁴⁶ Referente a las inhabilidades para ser congresista.

⁴⁷ Sobre las restricciones en cabeza de los cónyuges o compañeros permanentes y algunos familiares de los diputados y concejales, para ser designados como funcionarios dentro de la misma entidad territorial en la que éstos fueron elegidos.

⁴⁸ La jurisprudencia constitucional ha precisado que la libertad de configuración debe basarse en criterios razonables y proporcionales, comoquiera que tales figuras limitan los derechos a la igualdad, al trabajo y la participación en la conformación, ejercicio y control del poder público (Sentencia C-348 de 2004 de la Corte Constitucional).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2015, expediente: 32.113. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁰ Sentencia C-652 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁵¹ Sentencia C-708 de 2001 de la Corte Constitucional.

⁵² Sentencia C-373 de 2002 de la Corte Constitucional.

⁵³ Sentencia C-053 de 2021 de la Corte Constitucional.

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

j) <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente> 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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE, expresión subrayada CONDICIONALMENTE exequible>⁵⁴ 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** [en negrilla la expresión declarada inexequible].

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.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible>⁵⁵ 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”.

37. El supuesto normativo que informa la citada inhabilidad fijó como hito la expedición de una sentencia condenatoria de primera instancia por delitos o faltas relacionadas con actos de corrupción, que opera aun cuando no se hubiere resuelto su impugnación. Este planteamiento lleva a advertir un cariz sancionatorio en la referida inhabilidad, pues su configuración pende de una decisión judicial de condena a partir de la cual surge la restricción dispuesta en la ley, presentándose una modulación en torno sus efectos.

38. Sin embargo, bajo el juicio de exequibilidad que sobre tal normativa se realizó⁵⁶, el máximo tribunal constitucional precisó que el legislador no estableció

⁵⁴ Sentencia C-437 de 2023 de la Corte Constitucional.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 053 del 5 de marzo de 2021, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. Indicó sobre la citada norma legal: “esta inhabilidad es de carácter “preventivo” y, de suyo, opera como “requisito habilitante negativo” de carácter temporal para aquellas personas que han sido condenadas por medio de sentencia cuya impugnación aún no ha sido resuelta. Por definición, la inhabilidad sub examine no tiene vocación de permanencia, habida cuenta de que, adoptada la decisión de segunda instancia por la autoridad competente, la persona hasta entonces inhabilitada (i) podrá participar de nuevo en licitaciones y contratar con el Estado, en caso de ser absuelta, o (ii) estará inhabilitada en virtud de la inhabilidad prevista por el inciso primero del artículo 8.1. de la Ley 80 de 1993, en caso de ser condenada. Así las cosas, dado su carácter temporal y preventivo, esta inhabilidad pierde su objeto una vez cobra ejecutoria la sentencia de segunda instancia. En estos términos, la Sala advierte que la finalidad del legislador no es sancionar, mediante la inhabilidad preventiva, a la

dicha causal como fruto de la decisión sancionatoria, pues ello conduciría a aplicar las consecuencias de la condena a un fallo que no ha cobrado firmeza; y explicó que dicho supuesto obra como base del diseño de una figura diversa, la inhabilidad, que corresponde a un mecanismo de prevención que restringe la capacidad para contratar a los sujetos a los que la norma se dirige, en un escenario fáctico y temporal definido.

39. De ahí que la lectura de la norma en clave constitucional, conduzca a entender que su consagración en la ley se traduce en una medida enderezada a mitigar el riesgo de propagación de los actos de corrupción durante el lapso que dura la resolución de los recursos, lo que justifica que la expedición de una primera decisión condenatoria fuese el fundamento fáctico de su configuración. Esto es lo que explicita su carácter preventivo.

40. La historia legislativa de esta inhabilidad da cuenta de la intención de construir una normativa a tono con fenómenos que han minado, con gravedad superlativa, la contratación pública. En su evolución, se observa que cada reforma legal ha propendido por ensanchar el ámbito de su aplicación, buscando contener la dinámica de acontecimientos ilícitos que perturban los cometidos del contrato estatal, donde lo nacional y lo transnacional se moviliza a través de diversos vehículos y formas de operar.

41. En un primer estadio, la Ley 1150 de 2007 reseñó -en la exposición de motivos- que su propósito era “*introducir medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión*”⁵⁷ y con ello hacer del “*mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción*”⁵⁸. El texto original fue el siguiente:

“j) *Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas*”.

42. Así que, tal inhabilidad afectaba la capacidad para contratar de las personas naturales condenadas por los delitos contra la Administración pública enlistados, con la precisión hecha por el legislador de que la misma se extendía a las sociedades en las que tales sujetos eran socios. La prolongación de dicha restricción a las sociedades se adoptaba como forma de superar la separación entre aquellos entes y los individuos que la conforman -artículo 98 del C. Co. que prevé que la sociedad “*forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”-.

43. La idea con tal consagración normativa fue la de diluir la tajante regla de separación de personalidades, reconociendo la incidencia que el potencial comportamiento ilícito de uno de los socios proyectaba en las sociedades indicadas; de modo que no era suficiente que la inhabilidad cobijara al sujeto

persona que fue condenada por los delitos señalados en el pár. 50. Al contrario, su vocación temporal da cuenta, entre otras, de su carácter preventivo y, en consecuencia, de su naturaleza de inhabilidad requisito”.

⁵⁷ Gaceta del Congreso No. 458 de 2005.

⁵⁸ Gaceta del Congreso No. 656 de 2005.

condenado, sino que se extendió a los entes societarios en los aquellos fueran socios, para evitar la instrumentalización de las personas jurídicas en la comisión de tales punibles; o, dicho fenómeno se seguiría propagando por esta vía.

44. Tal inclusión normativa atendía los compromisos que el Estado colombiano adquirió para combatir la corrupción al aprobar, mediante la Ley 970 de 2005, la Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 31 de octubre de 2003, atinente a la Convención contra la Corrupción. La citada resolución se alzó como herramienta contenedora de “*medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus régimenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción*”⁵⁹.

45. Conforme a tal instrumento, cada Estado parte “*formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas*” –art.5–; en este marco, cada firmante quedó obligado a adoptar decisiones legislativas y en otra esferas para tipificar los delitos de: malversación o peculado, apropiación indebida, la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, tráfico de influencias, soborno en el sector privado, blanqueo del producto del delito, encubrimiento y obstrucción a la justicia, entre otros –arts.15 a 27–. Se indicó, además, que una vez ocurridos los actos de corrupción, se deben concebir mecanismos para eliminar sus efectos adversos, como “*procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva*” –art.34–.

46. Complementario a lo anterior, el Gobierno Nacional presentó una iniciativa legislativa para reforzar la lucha contra el aludido flagelo, la que condujo a la expedición de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción. Su exposición de motivos enfatizó que, si bien se habían aprobado leyes y decretos orientados a perseguir este fenómeno, se imponía la adopción de nuevas medidas dado que sus manifestaciones eran cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir. De esta forma, esta ley terminó por imponer “*una serie de inhabilidades para contratar con el Estado, refuerza la acción de repetición, hace énfasis en la necesidad de que haya un control interno más independiente y efectivo en las entidades de la Rama Ejecutiva y plantea la necesidad de un sistema de control más eficaz para la lucha contra la corrupción en el sector salud*”⁶⁰.

47. Esta ley amplió los delitos que daban cabida a la restricción que acá se estudia, al prever que aplicaría a las personas naturales responsables judicialmente de delitos contra la Administración pública (todos los contenidos en el título XV del Código Penal) siempre que tuvieran pena privativa de la libertad, o por soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. En su cuerpo normativo, el legislador fue expreso en consagrarse que la misma se extendía por un término de 20 años y afectaría “*a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus*

⁵⁹ Consultado en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

⁶⁰ “*Estatuto Anticorrupción, avances y desafíos tras cinco años de su expedición*”, elaborado por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República. Consultado en: <https://www.indumil.gov.co/wp-content/uploads/2022/02/estatuto-anticorrupcion-ley-1474-2011.pdf>

matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas"; la extensión de la inhabilidad retuvo su finalidad de limitar la utilización de los entes societarios para albergar a quienes defraudaron mediante la comisión de ilícitos penales los bienes jurídicos allí protegidos.

48. A la par de lo anterior, en atención a los compromisos asumidos en la Convención Anticohecho de la OCDE⁶¹, aprobada por Colombia, a través de la Ley 1573 de 2012, el Estado Colombiano se unió al propósito de perseguir y sancionar el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier ventaja a un servidor público extranjero⁶². Con este objetivo, cada Estado parte se comprometió a aplicar "*sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros*" –art.3– en caso de que no proceda la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus ordenamientos jurídicos –como ocurre en el sistema normativo nacional–.

49. La conferencia negociadora de la citada convención consignó que tratándose de regímenes que no condenan penalmente a las personas jurídicas, se podrían imponer las sanciones de "*exclusión del derecho a recibir ayuda o beneficios públicos; la descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales; la colocación bajo supervisión judicial; y una orden judicial de liquidación*"⁶³, aparte de las multas. Luego, el Consejo de la OCDE, al emitir la recomendación para fortalecer la lucha contra el cohecho de servidores extranjeros, instó para que las normas de los países miembros autoricen suspender a las empresas que sobornen a empleados públicos nacionales y también extranjeros "*de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial*"⁶⁴.

50. El trasfondo de esta normativa se acompaña con los hechos de corrupción. En los años 2015 y 2016, tanto en el ámbito nacional como internacional, se experimentaron escándalos de corrupción originados en el actuar de empresas extranjeras que tenían negocios en el país y en otros territorios⁶⁵. Estos eventos constituyeron hitos clave que dieron paso a la expedición de la Ley 1778 de 2016 –*por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*– o ley antisoborno. Bajo esta normativa se modificó la inhabilidad analizada, al agregar que ésta se presenta no sólo en la comisión de reatos contra la Administración Pública, sino también por cualquiera de los delitos

⁶¹ Si bien para ese momento Colombia no era miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), lo cierto es que en el art. 13 de la misma se determinó que hasta su entrada en vigor, estaba abierta para la firma de los miembros y no miembros que hubieren sido invitados a ser participantes de pleno derecho en su Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales.

⁶² Para efectos de esa Convención: "(a) —servidor público extranjero significa cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional; y (b) "país extranjero incluye todos los niveles y subdivisiones de gobierno, desde el nacional al local" (art.1).

⁶³ Consultada en: <https://www.itrc.gov.co/observatorio/wp-content/uploads/2021/12/Convencion-para-combatir-el-Cohecho.pdf>

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ "Estatuto Anticorrupción, avances y desafíos tras cinco años de su expedición", elaborado por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República. Consultado en: <https://www.indumil.gov.co/wp-content/uploads/2022/02/estatuto-anticorrupcion-ley-1474-2011.pdf>

o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011⁶⁶, o de los delitos que prevén los tratados o convenciones de lucha contra la corrupción ratificados por Colombia⁶⁷.

51. Con esta orientación, se modificó el enunciado de la norma a fin de incluir a las sucursales de las sociedades extranjeras, manteniendo su duración por el término de 20 años e indicando que la inhabilidad se extendía a los socios controlantes, administradores, representantes legales y miembros de junta directiva, tornando más estrictos los estándares de prevención de riesgos frente a la corrupción de las empresas; igualmente, hizo expreso su propósito preventivo al establecer que procede aún en los casos en que esté en apelación la sentencia condenatoria.

52. De forma más reciente, con el art. 2 de la Ley 2014 de 2019, se introdujo una nueva modificación a la citada disposición, para extender la inhabilidad a grupos empresariales de los que hacen parte las sociedades, matrices, subordinadas y sucursales de sociedades extranjeras afectadas con la restricción, cuando la conducta delictiva concierne a una política del grupo al que pertenecen; además, el legislador modificó su temporalidad, al prever que se prolonga de forma permanente a las sociedades de que hagan parte las personas definidas en la norma, así como a las personas naturales que se declaran responsables por la comisión de las conductas allí referenciadas.

53. Dan cuenta sus antecedentes, que esta reforma se fundamentó en el afianzamiento de los mecanismos de lucha contra la corrupción⁶⁸; sus ponentes hicieron énfasis en los esfuerzos infructuosos para confrontar de manera efectiva tales actos⁶⁹, así que el Congreso debía definir una agenda que apuntara a “agravar las consecuencias de la comisión de actos de corrupción, no solo en términos económicos, sino también en materia de severidad de las sanciones o consecuencias ... con el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia”⁷⁰. Ello condujo a la definición de la inhabilidad en el actual estatuto, bajo el literal j) del num. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

54. De acuerdo con lo anterior, los elementos que integran la inhabilidad examinada se resumen, así:

(i) Procede respecto de personas naturales declaradas responsables por la comisión de los delitos contra la Administración pública, así como los punibles o

⁶⁶ “... como son la estafa sobre recursos públicos y en el sistema de seguridad social, la corrupción privada, la administración ilegal, la utilización indebida de información privilegiada, la especulación o agiotaje de medicamentos, la evasión fiscal, la omisión de control en el sector de la salud, el peculado culposo y el peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, el fraude de subvenciones, los acuerdos restrictivos de la competencia, el tráfico de influencias de particular, el soborno, el soborno trasnacional y el soborno en la actuación penal”. Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2021.

⁶⁷ A saber, “los dispuestos por (i) el capítulo III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (ii) los artículos 1 y 7 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extrajeros en Transacciones Comerciales Internacionales y, por último, (iii) los artículos VI, VIII y IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción”. Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2021.

⁶⁸ “... la senadora Esperanza Andrade de Osso, quien fue ponente de esta iniciativa, explicó a la plenaria del Senado de la República la finalidad de esta norma en los siguientes términos: ‘esta inhabilidad procederá preventivamente aun en los casos en que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. ¿Qué quiere decir? Que sociedades como Odebrecht, que aun no han sido condenadas, se pueden inhabilitar con este artículo. La ministra del Interior, Nancy Patricia Gutiérrez, manifestó que la inhabilidad sub examine ‘actualmente existe en la Ley 80 del año 93’ y que el proyecto de ley no tenía por objeto modificarla, habida cuenta de su importante rol para la prevención de la corrupción en materia de contratación estatal’ (sentencia C-053 de 2021 de la Corte Constitucional).

⁶⁹ Gaceta del Congreso 736 de 2018.

⁷⁰ Gaceta del Congreso 517 de 2019.

faltas de que trata la Ley 1474 de 2011 y las conductas delictivas contenidas en las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción vinculantes para Colombia.

(ii) Aplica frente a personas jurídicas declaradas responsables administrativamente por soborno transnacional. Igualmente, respecto de las personas jurídicas a las que se les suspendió su personería, o cuando su representante legal, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o 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.

(iii) Tiene una finalidad preventiva, comoquiera que aplica respecto de decisiones que no están en firme, esto es, en aquellos asuntos en que se profirió una sentencia o decisión condenatoria y está pendiente su impugnación⁷¹.

(iv) No sólo aplica respecto de la persona natural o jurídica ejecutora de la conducta declarada responsable, según el caso, sino que se extiende a las sociedades de las que éstas hagan parte, en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes.

(v) Frente a las referidas sociedades, también procede en relación con sus matrices y subordinadas, sucursales de las sociedades extranjeras y grupos empresariales a los que pertenezcan los entes societarios, cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo.

(vi) Se extiende de forma permanente tanto a las sociedades como a las personas naturales que les aplica⁷².

55. Con base en las anteriores premisas, se pasan a desatar las censuras presentadas contra el art. 1 del Decreto 1358 de 2020.

56. Esta norma regula el trámite para la solicitud de las sentencias penales extranjeras y de las sanciones administrativas impuestas a personas naturales, por las conductas mencionadas en la ley, a fin de publicarlas y registrarlas en el RUP, en aras de hacer efectiva la inhabilidad objeto de reglamentación. A su vez, desarrolla el registro y publicidad de las sentencias dictadas por los jueces penales colombianos⁷³.

⁷¹ En la sentencia C-053 de 2021 de la Corte Constitucional. Ib. se resaltó el carácter preventivo de esta norma, precisando que no deriva del poder sancionatorio del Estado, en tanto su configuración no requiere de una sentencia condenatoria ejecutoriada; y reconoció que no se vulnera la presunción de inocencia de los sujetos mencionados con la fijación de tal inhabilidad, pues se trata de un requisito para celebrar contratos estatales que no se afina en la potestad punitiva del Estado, sino en otras finalidades legítimas, como la prevención de la corrupción en el ámbito de la contratación pública.

⁷² Ello hasta que se dicte sentencia en firme y se determine si la conducta es punible; de serlo, se abre paso a otra inhabilidad, pues ésta se enmarca en el interregno que transcurre entre la sentencia condenatoria de primer grado y la providencia que resuelva la impugnación. De revocarse la condena, por consecuencia, se remueve la inhabilidad preventiva.

⁷³ En estas gestiones internas –que desarrollan el principio de colaboración administrativa– intervienen el Ministerio de Relaciones Exteriores como encargado de solicitar, 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 configurativas de la inhabilidad; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a la que le ataña verificar que la decisión extranjera haya sido aportada con el lleno de los requisitos formales y hacer solicitud a la cámara de comercio respectiva para que informe sobre las sociedades y las sucursales de sociedades extranjeras respecto de las cuales la persona natural declarada judicialmente responsable es parte o ha actuado en calidad de socia controlante, administradora, representante legal o miembro de la junta directiva. En caso de que sea procedente, solicitará la inscripción de la inhabilidad en el RUP correspondiente.

57. La expresión demandada –“*ha actuado*”– tiene como función desarrollar el lit. j) del núm. 1 de la Ley 80 de 1993 en lo relacionado con el trámite atinente a la *solicitud y publicidad* de las decisiones proferidas por los jueces penales colombianos y por las autoridades extranjeras en los casos en que se funda la citada inhabilidad.

58. Tal disposición prevé que cuando se trate de providencias dictadas contra personas naturales, la ANDJE debe requerir a la cámara de comercio respectiva para que informe 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.

59. El reproche del demandante se centra en la conjugación de la restricción consagrada en la ley, al señalar que fue excedida por el reglamento, en tanto la norma prevé la extensión de la inhabilidad aplicada a la persona natural declarada responsable, a las sociedades, sus matrices, subordinadas, sucursales extranjeras y grupos empresariales a los que pertenezcan, siempre que se trate de las personas jurídicas de las que aquella *haga parte*, en las calidades aludidas, al paso que el Decreto 1358 de 2020 amplió ese escenario al fijar un contexto temporal de mayor alcance, toda vez que ordena a las cámaras de comercio rendir informe sobre las sociedades en que actúa o *ha actuado* la persona condenada, en las condiciones referidas.

60. El legislador fue expreso en establecer que la restricción para participar en procesos de selección y celebrar negocios jurídicos con entidades estatales procede desde que se profiera la decisión condenatoria contra la persona natural, por las conductas referidas en la ley, y aunque se encuentre en curso la impugnación contra esta determinación. De modo que cuando la ley incluye la expresión *hagan parte* se refiere al momento en que las personas naturales fueron declaradas responsables en primera instancia por tales conductas, pues corresponde al hito que determina la configuración de la restricción en sede de contratación; es decir, se trata del supuesto fáctico que configura la causal de inhabilidad analizada.

61. No puede perderse de vista que la expresión utilizada por el reglamento “*ha actuado*”, desarrolla la publicidad relacionada con las decisiones sancionatorias de autoridades extranjeras (art. 2.2.3.2.3.2.) y sentencias proferidas por jueces penales colombianos (art. 2.2.3.2.3.3.) en el marco del trámite que se debe adelantar para conocer acerca de esas decisiones, y para inscribir tal inhabilidad en el RUP. De modo que la expresión demandada no desconoce la norma que desarrolla, ni incurre en un exceso de la potestad reglamentaria pues, como es apenas natural, de cara al orden cronológico de los hechos y al mismo trámite, se requiere información completa del sujeto desde la fecha de la sanción respectiva, por ser el momento a partir del cual se configura la citada inhabilidad.

62. En esos términos la ANDJE debe desplegar la actividad que conduzca a obtener las decisiones de las autoridades extranjeras, adelantando su trámite ante

el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el primer caso, y obteniendo las sentencias condenatorias de primera instancia proferidas por los jueces penales colombianos contra personas naturales que hayan cometido delitos contra la Administración Pública, o los consagrados en la Ley 1474 de 2011, para el segundo caso. Una vez dicha agencia cuenta con tal información, requiere a la cámara de comercio para que en un término de diez días hábiles, informe las sociedades y sucursales de sociedades extranjeras respecto de las cuales la persona natural condenada actúa o ha actuado en las calidades que prevé la norma.

63. En este trámite, la conjugación utilizada es razonable y conforme con la ley, pues la materialización de la restricción no procede con la sola petición de información ante la Cámara de Comercio y ni siquiera con la respuesta que se dé a tal requerimiento, ya que es imprescindible que la ANDJE valide los supuestos que el Legislador ha definido como desencadenantes de la inhabilidad preventiva. De modo que a partir de la verificación de su concreción se solicita la inscripción en el RUP, lo cual confirma la seguridad jurídica con la que se debe leer la inhabilidad en clave de certeza. Este accionar, como se ve, no desconoce el mandato de la ley; al contrario, lo hace plausible al abstenerse de dejar fuera de su ejecución los supuestos que la comprenden.

64. Las expresiones "*hagan parte*" prevista en la ley, y "*ha actuado*" consagrada en el reglamento, no revelan una pugna o una superposición entre ellas; en cambio, denotan un enlace que permite hilarlas para alcanzar la debida ejecución del mandato legal, puesto que la expresión incluida en la norma reglamentaria hace factible la correcta verificación de las calidades que ha ostentado la persona natural dentro de los entes societarios, en aras de confirmar, con grado de certidumbre, si se configuró el evento que restringe la capacidad de éstos para vincularse a través de relaciones negociales con el Estado, desde el momento fijado por el legislador, no antes.

65. De este modo, no media un exceso en la potestad reglamentaria por parte del Gobierno nacional al incluir la locución enjuiciada, dado que su entendimiento no procede de forma descontextualizada frente a la norma que desarrolla, sino que, al compás de ésta, conlleva a establecer el itinerario conforme al cual se despliega por la ANDJE la labor de verificación a través del requerimiento a la cámara de comercio respectiva, desde el momento en que la persona vinculada a la actuación penal fue declarada responsable en primera instancia, y en la actualidad, lo cual se corresponde con el hito específico que el legislador designó como punto de concreción del supuesto restrictivo a la capacidad contractual de esos sujetos.

66. Se destaca que el reglamento no hace más que materializar los principios de colaboración y coordinación administrativa dentro del marco legal, a fin de que la inhabilidad sea conocida por todos los actores inmiscuidos en la contratación pública mediante su posterior anotación en el RUP, de modo que sin la validación correcta de la información se tornaría insustancial la inhabilidad, ante la ausencia de herramientas apropiadas para que la Administración pueda conocer de las decisiones que activan el supuesto consagrado en la norma. Ese reporte de información a cargo de las Cámaras de Comercio solo tiene lugar, se insiste, desde la concreción del hito que activa la restricción para contratar, no respecto de

períodos anteriores a éste, lo cual garantiza que la información provista por aquellas resulte certera y adecuada para constatar los elementos que la configuran.

67. Incluso, en el inciso 4 del literal j) del núm. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, el legislador consagró que la inhabilidad aplica a las personas jurídicas cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes hayan sido beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración Pública o el patrimonio público, lo que denota que aún, en ese escenario en el que el Estado suspendió, interrumpió o renunció a la persecución penal, a fin de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal⁷⁴, procede la concreción de la restricción de forma extensiva a las sociedades, matrices, subordinadas y sucursales de que esas personas hacen parte, lo cual afianza el objetivo del Congreso de la República de concebir dicha inhabilidad como una forma de hacer frente a la corrupción, al advertir que dicho sujeto ya intervino en esas conductas atentatorias de los principios de la función administrativa y del patrimonio público.

68. La normativa examinada tampoco es ajena al esfuerzo que el Estado colombiano ha empleado en torno a la concepción de una política concordante con los convenios internacionales que ha aprobado para la lucha contra la corrupción, por cuanto refleja una medida que disuade efectivamente a las personas jurídicas de servir de instrumento del potencial actuar de personas condenadas por las conductas reprochadas, y de incurrir en la comisión de los hechos sancionables al excluirlas de la participación de los procesos de selección y de la suscripción de contratos estatales, lo cual se amolda y corresponde con los compromisos adquiridos por Colombia de hacer frente al mencionado flagelo –de conformidad con la Convención contra la Corrupción de la Asamblea General de Naciones Unidas y de la Convención Anticorrupción de la OCDE, ya referidas–.

69. Contrario a lo expuesto en la demanda, esta restricción sí se adapta a los mecanismos de autorregulación que deben implementar los sujetos de derecho privado, en aras de prevenir y sobreponerse a los efectos adversos que les acarrearía su aplicación; postulado que los impulsa a definir herramientas de revisión y vigilancia interna efectivas y exigentes que no hacen más que favorecer el interés general que fundamenta la actividad contractual del Estado, pues por esta vía se ubica en un estándar superior la determinación de los socios y demás sujetos con las calidades señaladas en la norma, lo que completa el circuito preventivo contenido en la ley y en los instrumentos internacionales que lo respaldan; ello, para salvaguardar el recto actuar en las relaciones negociales de las empresas en su relacionamiento con la Administración, siempre en el marco de procedencia que la ley instituye, en los términos ya explicados.

⁷⁴ Esta figura fue incluida en el ordenamiento patrio, mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Constitución Política, como parte de la política criminal estatal y de aplicación excepcional de la atribución de la Fiscalía de adelantar la acción penal por los hechos delictivos, en tanto que permite a ésta suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, bajo la supervisión del juez de control de garantías, cuando dichas medidas concuerden con los lineamientos de la ley, en este caso, según las causales de procedencia que determina en Ley 906 de 2004, reformada por la Ley 1312 de 2009. Su finalidad consiste en “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”. Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010.

70. Por otra parte, si bien la demandante⁷⁵ y la CCI⁷⁶ aportaron varios documentos⁷⁷, a fin de evidenciar que el Ministerio de Justicia “no duda en reconocer que al no emplearse los mismos verbos rectores de la ley (haga - permanezca) utilizándose en el Decreto las expresiones actúa o ha actuado, se le podría dar un alcance e interpretación a la norma más allá de la regulación establecida por el legislador”⁷⁸, lo cierto es que su contenido no corresponde a una manifestación que comprometa la legalidad del acto enjuiciado –en particular, en lo que respecta al oficio del 22 de junio de 2022–.

71. De un lado, por cuanto el escenario que se estaba adelantando constituía la fase de estudio de un eventual “proyecto” de acto administrativo modificatorio de aquel decreto. De manera que lo único que demuestran tales insumos se enmarca en un plano de discusión que, a la postre, no se materializó en nuevo decreto. Y, de otro, en perspectiva del mérito demostrativo de tales comunicaciones, pues el art. 195 del CGP⁷⁹ señala que las declaraciones de los representantes de las entidades públicas no tienen los efectos de la confesión; por tanto, para el *sub-lite*, dichos documentos no sirven para respaldar el contencioso objetivo que se adelanta, cuya única plataforma reside en el examen de legalidad promovido en la demanda.

72. Como lo ha indicado esta Corporación⁸⁰, la razón de dicha restricción yace en la protección del patrimonio del Estado, en tanto que éste no puede quedar atado por la sola declaración de sus agentes, ni comprometer el principio de legalidad. Así las cosas, las respuestas dadas por el Ministerio de Justicia a la CCI no tienen la virtualidad de afectar o incidir en las resultas de proceso, porque no puede otorgárseles el mérito de una confesión, ni inciden en la legalidad del acto vigente. De modo que el juicio promovido en el *sub-lite* se ciñe únicamente a la confrontación de la norma debatida con las previsiones superiores, como ya se expuso.

Síntesis de la decisión

73. La Sala negará las pretensiones formuladas, con fundamento en los análisis y conclusiones señalados en la motivación de esta decisión:

74. La expresión *ha actuado* no revela un exceso en la potestad reglamentaria del Gobierno nacional, toda vez que su alcance se circscribe a la verificación del

⁷⁵ Al descorrer el traslado de las excepciones, la demandante también allegó los oficios del 22 de junio y 25 de julio de 2022 –índice 31, SAMAI–.

⁷⁶ En su escrito de coadyuvancia –índice 25, SAMAI–.

⁷⁷ A saber: : (i) el escrito del 4 de mayo de 2022, mediante el cual el coadyuvante solicitó al Ministro de Justicia y del Derecho eliminar la expresión “*ha actuado*” contenida en el art.1 del Decreto 1358 de 2020, pues se ampliaba la inhabilidad reglamentada, al permitir que la misma se configure desde la comisión de la conducta objeto de reproche y no a partir de la declaratoria de responsabilidad de la persona natural; (ii) oficio MJD-OFL22-0022431-GAA-1500 del 22 de junio de 2022, en el cual, el Director Jurídico del citado ministerio informó que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado estaba elaborando un proyecto de decreto para modificar el 1358 de 2020, y corregiría el yerro de la expresión “*ha actuado*”, por cuanto “se le podría dar un alcance e interpretación a la norma más allá de la regulación establecida por el legislador”, pues la inhabilidad que previó la ley “se predica de las sociedades de las cuales hagan parte las personas naturales que se desempeñan como administradores o socios controlantes y que sean declaradas responsables judicialmente por los delitos allí contemplados”; y, (iii) el oficio MJD-OFL22-0026788-GAA-1500 del 25 de julio de 2022, en el que el Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho le indicó a la CCI que estaba en proceso de construcción y revisión final del proyecto de decreto reglamentario del lit. j, del núm.1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

⁷⁸ Alegaciones de la sociedad, fl.11 –índice 101, SAMAI–.

⁷⁹ “ARTÍCULO 195. DECLARACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas (...”).

⁸⁰ Al referirse al art. 199 del CPC, el cual dejaba sin de valor probatorio la confesión provocada o espontánea, entre otros, de los representantes judiciales de la Nación. El art. 195 del CGP mantiene esa restricción en punto a la confesión como medio probatorio ampliándola a los representantes de cualquier entidad pública.

hito que abre paso a la configuración de la restricción en sede de contratación, y a adelantar los trámites que de allí se desprenden.

75. Cuando el reglamento consagra la tarea de la ANDJE de requerir a la cámara de comercio respectiva, 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, lo hace para tener certidumbre sobre su vinculación al ente societario, desde que se profirió la decisión condenatoria de primera instancia. Esta expresión no habilita a verificar tales condiciones sin límite alguno, es decir, en cualquier tiempo anterior a dicha condena. La facultad se contrae a constatar tal información desde el momento en que se profiera la mencionada decisión.

76. La locución debatida no infringe las normas en que debía fundarse; al contrario, logra la finalidad preventiva que persigue la inhabilidad establecida por el legislador en el lit. j) del núm. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993, en tanto hace factible la validación correcta de la información que activa el supuesto restrictivo para la contratación estatal, de otro modo, se tornaría vacía la limitación legal ante la ausencia de herramientas apropiadas para que la Administración pueda conocer las decisiones que concretan el evento consagrado en la ley.

77. La norma enjuiciada materializa los propósitos de lucha anticorrupción que el Estado Colombiano ha adquirido en el contexto internacional y, a través de la determinación de la publicidad definida en el reglamento, permite que desate sus efectos.

78. La habilitación en la verificación de las calidades ejercidas por la persona natural declarada responsable, se proyecta en la adopción de mecanismos de autorregulación societarios más efectivos y exigentes, que eviten la potencial instrumentalización de estos entes sociales en actos de corrupción. Así se completa el circuito de prevención que persigue la protección de la moralidad administrativa y del patrimonio público.

79. La expresión debatida no altera el supuesto legal, lo hace plausible. Los documentos aportados, provenientes del Ministerio de Justicia, no pueden tenerse como manifestaciones que comprometan la legalidad de la norma enjuiciada.

80. El Gobierno nacional no sobrepasó su competencia al reglamentar la inhabilidad estudiada, puesto que su desarrollo se ajustó al marco sustancial y temporal que la ley determina.

Costas

81. Dado que el interés que se debate se circunscribe al de la mera legalidad y defensa del orden jurídico, en los términos del inciso primero del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no procede consideración sobre una condena en costas.

Expediente 11001032600020220013400 (68.563)
Demandante: Asesorías Arrubla Devís Amaya Abogados S.A.S.
Demandado: Nación - Presidencia de la República y otros
Referencia: Nulidad

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalificador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.

