

Bogotá D.C., 16/04/2020 Hora 17:9:25s

N° Radicado: 2202013000002752

Señor
CESAR AUGUSTO ZULUAGA ZULUAGA
Ciudad

Concepto C – 230 de 2020

Temas: RECHAZO DE LA OFERTA – Causales – Principio de imparcialidad y selección objetiva / REGIMEN DE INHABILIDADES — Reserva legal / LISTA CLINTON — Fundamento – Causales de inhabilidad – Causal de rechazo de las propuestas

Radicación: Respuesta a consulta # 4202013000001765

Estimado señor Zuluaga,

La Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente— responde su consulta del 9 de marzo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problemas planteados

Usted formuló las siguientes preguntas: i) ¿cuál es la entidad o página donde se verifica si una persona jurídica como proponente contiene sanciones pecuniarias o de cualquier índole?; ii) ¿si una persona jurídica o su representante legal se encuentra en la Lista Clinton, ello da lugar a no adjudicarle el contrato estatal o al rechazo de la propuesta?; iii) ¿el rechazo de un proponente por encontrarse en la lista Clinton constituye una vulneración al debido proceso y al derecho de no autoincriminación?

2. Consideraciones

Teniendo en cuenta que mediante el oficio con radicado 2202013000001894 del 16 de marzo de 2020, esta Subdirección explicó las razones por las cuales carecía de competencia para responder a las preguntas i) y iii), se procede a resolver la inquietud ii). Para desarrollar el problema planteado se explicará brevemente las causales de rechazo de las propuestas, el régimen de inhabilidades, la imposibilidad de establecerlas a través de los pliegos de condiciones y, finalmente, el carácter obligatorio o no de la Lista Clinton en el sistema de compras públicas como criterio para el rechazo de las propuestas.

En otra oportunidad esta Subdirección expidió los conceptos 415140001639 del 17 de junio de 2019 y C-001 del 15 de enero de 2020, donde se explicó que la inclusión de los oferentes en la Lista Clinton no constituye una causal de rechazo de las propuestas. La tesis propuesta en dichos conceptos se expone a continuación.

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

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

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

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

una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación¹.

En este contexto, las causales de rechazo de la oferta deben emanar directamente de la ley o del pliego de condiciones, pero en uno y en otro caso guardan relación con defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permitan deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad, en los términos del inciso 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En otras palabras, no pueden fundamentarse en consideraciones subjetivas, que conviertan dichas causales en inhabilidades para participar en los procesos de selección.

2.2. Régimen de inhabilidades: importancia de la reserva legal

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

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

Dada la fuerte restricción de los derechos fundamentales que este instituto comporta, su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos².

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. Exp. 26.496. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la Ley que impiden la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o puedan celebrar contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, y garantizar el interés general. El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer una relación jurídica contractual con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha determinado que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»³. Estas restricciones o limitaciones que afectan la capacidad jurídica de las personas para contratar realizan los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis en el de moralidad. Así lo ha entendido el Consejo de Estado:

De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado⁴.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646.C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

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

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado⁵.

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

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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).
[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)⁶.

También conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de punición por indignidad política –pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia⁷.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades-requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

Al margen de la clasificación mencionada, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Bajo estas circunstancias, las entidades públicas no pueden establecer en el pliego de condiciones causales de inhabilidad no previstas en la Constitución o en la ley. En consecuencia, al tratarse de una materia que tiene reserva legal, no es posible que una entidad pública o una autoridad pública establezcan nuevas

⁶ *Ibid.*

⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



causales que afecten la capacidad para contratar con el Estado, ni siquiera haciéndolas pasar como causa para rechazar los ofrecimientos realizados a la entidad; razón por la cual, en el apartado siguiente, corresponde analizar si la inclusión de los proponentes en la Lista Clinton fundamenta o no esta consecuencia jurídica.

2.3. Imposibilidad de establecer inhabilidades en los pliegos de condiciones

De conformidad con el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones se deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de índole similar. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la claridad, justicia y completitud de las reglas de los pliegos de condiciones deben procurar la selección del mejor oferente. Al respecto, señala que

En ese orden de ideas, las reglas que de manera previa a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato han de ser reglas justas, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas objetivas en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes principio de objetividad.

Deben ser, así mismo, reglas claras, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas completas, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita «al



estado del arte o de la ciencia» en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado⁸.

De esta forma, los pliegos de condiciones deben contener de manera clara los criterios y factores de evaluación y selección de las ofertas, los cuales deben ser proporcionados y razonables, pues no de otra manera se garantizarían los principios de igualdad, imparcialidad y selección objetiva. Ahora, para la confección de los pliegos de condiciones la entidad contratante debe atender lo dispuesto en los literales d) y e) del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, según los cuales no es posible i) introducir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, ii) prever exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, iii) establecer reglas que induzcan a error a los oferentes, que permitan la formulación de ofertas de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante.

Además de lo anterior, existen otras prohibiciones legales que debe observar la Administración al estructurar los pliegos de condiciones, por ejemplo, la contenida en el inciso 2º del artículo 6, apartado 6.1, de la Ley 1150 de 2007, según el cual las entidades no podrán exigir a los proponentes que aporten los documentos que se utilizan para la inscripción en el Registro Único de Proponentes.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha sostenido que no es posible establecer en los pliegos de condiciones prohibiciones que tengan el carácter de inhabilidades o incompatibilidades, o fijar requisitos que bajo la denominación de causales de rechazo o exclusión encubren estas restricciones, que están reservadas al constituyente y el legislador.

Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones.

De ahí que las entidades estatales contratantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas que se encuentren en circunstancias de incumplimiento de requisitos esenciales o indispensables establecidos en el correspondiente pliego de condiciones-lo cual incluye aquellos

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que hoy la propia ley denomina “requisitos habilitantes”–, por lo cual no será válido que tras la apariencia de tales exigencias en realidad se disfracen u oculten inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley para impedir la participación de ciertos interesados en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual⁹.

Como fundamento de esta posición, el Consejo de Estado explicó las siguientes razones: i) a pesar del amplio margen de la Administración para configurar los pliegos de condiciones de acuerdo con sus necesidades, también está sujeta al principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades públicas solo pueden ejercer las funciones o atribuciones expresamente asignadas por la Constitución y la Ley, y no existe ninguna norma constitucional o legal que autorice a las entidades contratantes para establecer inhabilidades o incompatibilidades diferentes a las consagradas por la Constitución y la Ley.

ii) El artículo 84 de la Constitución Política establece que cuando un derecho o actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. Así, teniendo en cuenta que la actividad de las entidades estatales está reglada por el Estatuto General de Contratación Pública, donde se establecen de manera expresa las inhabilidades e incompatibilidades, no es posible que la Administración establezca requisitos adicionales de los que allí fueron consignados.

iii) El literal a) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 señala que no pueden participar en licitaciones ni celebrar contratos con las entidades estatales las personas que se hallen inhabilitadas por la Constitución y las Leyes. Para el Consejo de Estado, esta norma debe entenderse como una ratificación de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es el contenido en la Constitución y la Ley, y en consecuencia no es posible determinar estas restricciones a través de normas de menor jerarquía.

A todo lo anterior se adiciona la naturaleza taxativa y de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Así las cosas, si bien la Administración tiene facultad para establecer causales de rechazo o exclusión de ofertas en sus procesos de selección, que consulten la necesidad de establecer las exigencias mínimas que deben satisfacer los proponentes para ser idóneos para la ejecución del objeto contractual, lo cierto es que esas facultades no le permiten fijar requerimientos que al ser analizados a fondo constituyen hechos o situaciones propias del régimen de inhabilidades o incompatibilidades.

2.4. Naturaleza de la Lista Clinton: al ser un acto soberano de un gobierno extranjero, no puede fundamentar causales de inhabilidad ni rechazo de las propuestas

⁹ *Ibíd.*



La Lista Clinton, creada a través de la Orden Ejecutiva 12.978 del 21 de octubre de 1995, tiene como objetivo obstaculizar las actividades de empresas donde los narcotraficantes tengan algún interés económico. Es elaborada por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros –Office of Foreign Assets Control (OFAC)– del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, y hace parte de las medidas tomadas por EE.UU en la guerra contra los carteles de la droga y el lavado de activos. Lo importante es que quien se encuentre dentro de la Lista está vetado por Estados Unidos y, por tanto, no puede tener relaciones comerciales con ninguna empresa de ese país.

De hecho, pese a que las personas colombianas en lista no incurren en delito dentro del territorio, limita toda transacción y relación con el sistema financiero, máxime cuando – conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto-Ley 663 de 1993, modificado por la Ley 1121 de 2006– «Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas». De esta manera, *in extenso*, la Corte Constitucional ha sostenido que:

[...] la Orden Ejecutiva No. 12.978, no constituye una decisión judicial o administrativa propia de alguna autoridad del orden nacional sino que, por el contrario, es una decisión autónoma de un gobierno extranjero (EE.UU).

Por esta razón, dicha orden en sí misma considerada no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano y no puede aplicarse coercitivamente como una norma jurídica al interior del país. Sin embargo, para la Corte es claro que las consecuencias de su incumplimiento por parte de la banca nacional, dada las relaciones comerciales ineludibles que ésta mantiene con la banca norteamericana, puede acarrear una grave alteración en la solidez del mercado financiero colombiano, por lo cual la decisión de las instituciones financieras de negar el acceso a este sistema de la(s) persona(s) que aparezcan incluidas en la Lista Clinton, constituye en realidad una causal objetiva justificada».

Dentro de este contexto, en aplicación a las políticas de prevención del lavado de activos a que hacen referencia la Ley 526 de 1999, el Decreto 1497 de 2002 y la Circular Externa 046 de 2002 (Superintendencia Bancaria), la Lista Clinton debe considerarse como un elemento de valoración probatoria que puede ser tenido en cuenta por las instituciones financieras al momento de evaluar el acceso de los particulares a la prestación de los servicios financieros. Máxime si dichas instituciones están directamente comprometidas a nivel nacional e internacional en las políticas de control y erradicación al lavado de activos¹⁰.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



No obstante, algunas entidades exigen en los procesos de selección que los interesados no se encuentren incluidos en la lista. Al respecto, conforme al anexo de la Circular Conjunta 034 de 2011 de la Procuraduría General de la Nación, la Auditoría General de la Nación y la Contraloría General de Santander, cabe destacar que la Orden Ejecutiva 12.798 del Gobierno de Estados Unidos no rigen Colombia. En este contexto, toda vez que la ley ha determinado claramente las restricciones para contratar con el Estado, sea cual sea la modalidad de selección y la legislación aplicable, no es posible acudir a esta normativa externa como criterio para fundamentar, a través de los pliegos de condiciones, causales de inhabilidad del oferente o de rechazo de la propuesta, lo cual corresponde exclusivamente al legislador.

Así las cosas, la Administración, dentro de sus competencias para estructurar pliegos de condiciones, puede determinar causales de rechazo de propuestas de acuerdo con su necesidad, el objeto a contratar y demás factores propios del proceso de selección particular. Sin embargo, no puede crear inhabilidades que no se encuentren en la Constitución o la ley. De manera que establecer como causal de rechazo la inclusión del proponente en la Lista Clinton implica crear una inhabilidad para contratar que no tiene sustento legal y que, según lo expuesto, desborda las competencias de la Administración en la configuración de sus pliegos de condiciones.

3. Respuesta

¿Si una persona jurídica o su representante legal se encuentra en la Lista Clinton, ello da lugar a no adjudicarle el contrato estatal o al rechazo de la propuesta?

Teniendo en cuenta que la ley es la fuente principal de las inhabilidades, y que las causales de rechazo están relacionadas con impedimentos legales o con defectos u omisiones en el contenido o en la presentación de los documentos que conforman la propuesta, la inclusión del proponente en la Lista Clinton no vicia el acto de adjudicación ni da lugar a que la propuesta se excluya del proceso de selección. Así las cosas, si bien las entidades bancarias tienen un fundamento jurídico para impedir que ciertas personas ingresen o permanezcan en el sistema financiero, esas restricciones no se extienden al sistema de compra pública, pues las causales de inhabilidad o rechazo son interpretación estricta y, por tanto, no se aplican por analogía.

En este contexto, el SARLAFT no corresponde a una lista restrictiva, sino al Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo. Este sistema tiene dos fases: i) la que corresponde a la prevención del riesgo y cuyo objetivo

es prevenir que se introduzcan al sistema financiero recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos y/o de la financiación del terrorismo y ii) la correspondiente al control y cuyo propósito consiste en detectar y reportar las operaciones que se pretendan realizar o se hayan realizado, para intentar dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas al lavado de activos o financiación del terrorismo.

Por tanto, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, dentro del margen de libertad de configuración de los pliegos de condiciones, las entidades estatales, a pesar del margen amplio de discrecionalidad, no pueden establecer, a través de dicho acto administrativo, causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar que no estén previstas por la Constitución y la Ley.

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

Atentamente,



FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual
Aprobó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual