Corporación
TRANSPARENCIA POR COLOMBIA
Capítulo Transparencia Internacional

Apuntes en torno a algunos aspectos legales de los Pactos de Integridad

En Colombia, los Pactos de Integridad han sido un exitoso instrumento aplicado para prevenir el soborno e impulsar a las entidades privadas y públicas a utilizar nuevas reglas del juego en los negocios para la adquisición transparente de bienes y servicios, así como para la selección de consultores o estructuradores, la adjudicación de concesiones y las privatizaciones. El país ha tenido una significativa experiencia en la aplicación de esta herramienta con la cual se han acompañado más de 60 importantes procesos de contratación, de los cuales 40 culminaron con la firma de Pactos de Integridad.

Después de 4 años de experiencia, el capítulo colombiano de Transparencia Internacional quiere compartir con los distintos interesados en buscar más transparencia en la contratación pública, las percepciones y consideraciones que, desde una perspectiva jurídica, hemos desarrollado en torno a la aplicación de los Pactos de Integridad en un sistema legal de responsabilidades civiles como el vigente en Colombia. La naturaleza jurídica de los Pactos de Integridad, los requisitos para su formación, los efectos de su suscripción y los de su incumplimiento son algunos de los aspectos que presenta este documento.

Sea esta la oportunidad para reconocer y agradecer a todo el equipo jurídico externo a Transparencia por Colombia, su compromiso permanente y muy profesional, así como su colaboración con el entendimiento del alcance legal de los Pactos de Integridad en su aplicación al contexto colombiano y latinoamericano.

Rosa Ines Ospina Robledo

Directora Ejecutiva Transparencia por Colombia

El presente documento ha sido preparado por la Corporación Transparencia por Colombia con la colaboración de su equipo jurídico externo: Alejandro Linares Cantillo, Mauricio Acevedo Márquez, Santiago Jaramillo Caro, Cristina Aya Caro y María Aparicio Cammaerd.

La entrada en vigencia en Febrero de 1999 de la Convención de la OECD relacionada con la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, orienta a los países miembros a tomar medidas para la penalización del soborno trasnacional. Aprovechando la experiencia previa que TI tenía para ese entonces en estos temas y con el ánimo de contribuir con la iniciativa de la OECD, TI continuó con la activa promoción en muchos países del mundo de la herramienta diseñada por TI y conocida como "Pactos de Integridad", consistente en un instrumento para prevenir el soborno y alertar a las Compañías participantes en licitaciones públicas sobre las nuevas reglas del juego en los negocios para la adquisición de bienes y servicios.

Así los Pactos de Integridad propuestos por Transparencia Internacional, han sido acogidos en diferentes países y se han adaptado a las condiciones particulares en cada uno de ellos. En Colombia, la Corporación Transparencia por Colombia, capítulo nacional de TI, ha desarrollado su propia metodología para la promoción de los Pactos y ha adecuado el contenido mismo a partir de la interacción con diversos actores de entidades públicas y privadas que han realizado valiosos aportes para que efectivamente sea útil en la prevención de corrupción en los grandes negocios entre el Estado y las compañías nacionales e internacionales interesadas en los mismos.

En Colombia, desde 1999 se han acompañado con esta herramienta 60 procesos de contratación importantes, alrededor de los cuales se han suscrito 40 Pactos de Integridad. La herramienta ha sido acogida por los dos últimos Gobiernos como uno de los instrumentos de sus Programas de Lucha Contra la Corrupción.

En este documento se describen algunos aspectos legales relevantes para el proceso de aplicación del Pacto de Integridad en el marco de un sistema legal de responsabilidades civiles como el vigente en Colombia. En este sentido este documento presenta el tipo de acuerdo mediante el cual se define el Pacto de Integridad con énfasis en sus particularidades legales, sin entrar en detalles sobre la metodología que la Corporación aplica para su promoción y que incluye: la discusión pública de

los documentos de la licitación, la identificación de los posibles riesgos de corrupción, la adopción de compromisos éticos por parte de los funcionarios, el monitoreo a la presentación y evaluación de las propuestas, y la rendición de cuentas de los funcionarios públicos por las decisiones tomadas en el proceso licitatorio.

En ese contexto, el Pacto de Integridad se definió genéricamente en Colombia como un acuerdo voluntario, suscrito entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad y la probidad en el mismo. En esencia, se establece sobre el principio básico de la contratación referente a la obligatoriedad del cumplimiento de los acuerdos entre las partes.

Desde el punto de vista jurídico, el Pacto de Integridad es un contrato o acuerdo plurilateral destinado a producir una serie de efectos jurídicos específicos, con base en la teoría de la libre autonomía de la voluntad. El acuerdo se celebra entre proponentes o entre estos y una entidad estatal contratante en un proceso público de selección de contratistas. El Pacto de Integridad puede aplicar en todos los casos de contratación pública regulados o no por el Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, con el propósito de fortalecer la transparencia, la igualdad, y la integridad dentro del mismo.[1] Cuando el Pacto se celebra solamente entre los proponentes, estos lo hacen como un compromiso o declaración unilateral dentro del proceso de contratación. En el caso en que la firma del Pacto también intervenga la entidad contratante, esta actuará a título de beneficiaria del Pacto.

A continuación se relacionan algunos de los principales aspectos legales aplicables en la elaboración de los Pactos de Integridad:

[1] Algunas entidades públicas no están sujetas al cumplimiento de la Ley 80 de 1993 en cuanto que no son 100% públicas y en consecuencia son de carácter mixto, es decir con participación de capital privado y público.

1 | Naturaleza Jurídica del Pacto

En cuanto a la naturaleza jurídica del Pacto, teniendo en cuenta que quienes suscriben el Pacto son en principio personas naturales o jurídicas, u otras modalidades de colaboración empresarial de carácter *privado*, el Pacto adquiere la naturaleza de contrato *privado*, sujetándose íntegramente al derecho privado. Por lo anterior, el Pacto no es un *contrato estatal* de aquellos regulados por la Ley 80 y sus decretos reglamentarios.[2] El Pacto es además un contrato solemne, atípico, plurilateral,[3] oneroso, conjmutativo y de ejecución sucesiva o diferida.

2 | Requisitos para su formación

Por ser el Pacto un contrato solemne, además de constar por escrito, como todo contrato o acuerdo de voluntades debe cumplir con los siguientes requisitos generales de formación de contratos previstos en el artículo 1502 del Código Civil: i) capacidad de las partes; ii) consentimiento exento de vicios; iii) objeto lícito; y iv) causa lícita.

3 | Efectos de la suscripción del Pacto[4]

La suscripción del Pacto genera como efecto principal la asunción por parte de los proponentes suscriptores del mismo de una serie de obligaciones de dar, hacer y no hacer, con fundamento en los principios de la libre autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Estas obligaciones consisten en comportamientos específicos establecidos bajo parámetros éticos y morales que se desea sean adoptados por quienes participan en procesos de selección de contratistas, y en general tienen que ver con la transparencia de tales procesos de selección, como por ejemplo, abstenerse de ofrecer, conceder o entregar dinero, compensaciones, recompensas, o cualquier clase de beneficios a servidores públicos, asesores o contratistas de la entidad contratante, o a terceros que tengan influencia sobre estos últimos, con el propósito de:

---

[2] Inclusive en el evento en que una licitación o concurso público regulados por la Ley 80 participen entidades estatales como proponentes, el pacto de integridad sigue rigiéndose por el derecho privado en aplicación del artículo 13 de la Ley 80 y del artículo 8 del Decreto Reglamentario 679 de 1.994.

[3] El artículo 865 del Código de Comercio establece que en los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros.

[4] El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio pacta sund servanda, según el cual: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

i) obtener la adjudicación del contrato; o ii) obtener cualquier ventaja o provecho ilícito o ilegítimo durante el procedimiento licitatorio o durante la ejecución del mismo.

4 | Efectos del incumplimiento del Pacto

El incumplimiento por parte de los proponentes o del futuro contratista de sus obligaciones bajo el Pacto puede generar los siguientes efectos, según se pacte en el respectivo convenio,[5] y dependiendo de si el incumplimiento del Pacto se verifica con anterioridad a la celebración del contrato:

Terminación del contrato por mutuo consentimiento

El futuro contratista se obliga a aceptar la terminación del contrato por mutuo consentimiento en el momento en que el Tribunal de Arbitramento declare su incumplimiento de tales compromisos como se verá más adelante. Para tales efectos, la entidad contratante, que en la mayoría de las veces es parte del Pacto, previamente a la celebración del Pacto incluye en la minuta respectiva del contrato una cláusula expresa e inmodificable, que establece como causal de terminación anticipada y obligatoria del contrato, el mutuo consentimiento de las partes de dar por terminado el mismo, motivado por la decisión del Tribunal de haber declarado el incumplimiento de cualquiera de los compromisos contenidos en el Pacto por parte del contratista. Si el incumplimiento se verifica con anterioridad a la suscripción del contrato, la entidad contratante puede rechazar la propuesta del proponente incumplido y hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta, en la medida en que tales supuestos hayan quedado consignados en los respectivos términos de referencia. De esta forma se puede igualmente observar que los efectos del Pacto se extienden más allá del proceso de adjudicación del contrato estatal, para adentrarse en su ejecución.

Efectividad de la cláusula penal convenida en el Pacto

Los proponentes o el futuro contratista se comprometen (dentro de cierto plazo contado a partir del momento en que el Tribunal declare su incumplimiento) a pagarle a los

[5] Lo que determina entonces que los efectos del incumplimiento son independientes y ajenos a los efectos que un determinado comportamiento o situación pueda acarrear del incumplimiento de la ley.

proponentes que no hubieren incumplido dichos compromisos una pena pecuniaria equivalente a un porcentaje del valor total del contrato, a título de estimación anticipada de perjuicios. Si hubiere más de un proponente que no incumplieron sus obligaciones bajo el Pacto, la pena señalada se reparte en idéntica proporción entre tales oferentes. En la práctica, en algunos casos, la pena se ha negociado a favor de entidades de beneficencia.

Efectividad de una obligación de no hacer

Los proponentes o el futuro contratista se obligan en desarrollo de los principios de la libre autonomía de la voluntad y la libertad contractual, a abstenerse durante un término de cinco (5) años de celebrar cualquier contrato con entidades estatales, en el caso en que el proceso de selección de contratistas hubiere sido abierto por una entidad estatal, o de participar en futuros procesos abiertos por la entidad contratante, tratándose de entidades contratantes que no tengan esa calidad. En el primer caso, es necesario aclarar que esta obligación de no hacer no constituye una inhabilidad *nueva* para contratar, pues resulta evidente el carácter taxativo de las inhabilidades para contratar que consagra especialmente la Ley 80 y la legislación colombiana,[6] sino que constituye un efecto contractual de carácter sancionatorio previamente convenido y aceptado, el cual es declarado por el Tribunal con fundamento en una atribución expresamente otorgada *ex ante* por los suscriptores del Pacto. En este orden de ideas, en el momento en que el Tribunal declara el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto, nace esta obligación condicional de no hacer.

Impulso de gestiones y actuaciones ante autoridades competentes

Además de iniciar el procedimiento de arbitramento, los proponentes que no han cumplido las obligaciones bajo el Pacto deben informar los casos de incumplimiento a las

[6] Dado que el futuro contratista, por su propia decisión libre, se ha obligado a abstenerse de celebrar contratos con entidades públicas durante cinco (5) años en el caso en que el proceso de contratación haya sido abierto por una entidad pública, si tal contratista ha violado el Pacto, la condición precedente de aplicar la sanción, previamente aceptada y acordada por el contratista, será efectiva y por lo tanto el Tribunal podrá imponer dicha sanción. En este sentido, como ya se ha explicado , el Tribunal establece la sanción con base a la atribución que le han conferido jante los firmantes del Pacto.

entidades competentes (en lo penal, fiscal, patrimonial y disciplinario.

- Exigibilidad de las garantías pre y postcontractuales

Dependiendo del momento en que se verifique el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto, la entidad contratante, como tercero beneficiario del Pacto puede hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta, o la garantía única de cumplimiento, en la medida en que los incumplimientos de las obligaciones del Pacto hayan quedado expresamente establecidos en los términos de referencia, o en las minutas de los contratos respectivamente, como causales de exigibilidad de tales garantías.

- Pago del impuesto de timbre

Los proponentes o futuro contratista que el Tribunal declare que incumplieron sus obligaciones bajo el Pacto se obligan a pagar el impuesto de timbre generado por la suscripción del Pacto en los términos establecidos por las normas fiscales.

5 | Juzgamiento, declaración de incumplimiento y exigibilidad de las obligaciones contenidas en el Pacto

El Pacto establece que en el evento en que los proponentes tengan algún indicio serio y razonable de que uno o varios de los mismos incumplieron sus obligaciones bajo el mismo, tales personas podrán individual o conjuntamente convocar a un Tribunal de Arbitramento. Esto con base en lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para dictar fallos en derecho o en equidad, y su desarrollo legal y reglamentario.[7] El Tribunal se conducirá bajo el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad donde la entidad contratante tenga su domicilio y en idioma castellano. El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, dependiendo del acuerdo entre las partes. El árbitro se denominará "*Defensor para la Transparencia de la Licitación*", el cual deberá tener nacionalidad colombiana y será

[7] Decreto 2279 de 1.989, la Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1.991, la Ley 270 de 1.996, la Ley 446 de 1.998, y el Decreto 1818 de 1.998.

designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la lista de árbitros que tenga dicho centro mediante el sistema de sorteo público, a no ser que las partes acuerden un procedimiento de selección diferente.

La decisión del Tribunal (que según se pacte podría ser en derecho o en equidad), resulta válida y posee la misma fuerza vinculante y eficacia que una decisión judicial respecto de las partes del Pacto. Por lo tanto, el Tribunal al declarar el incumplimiento del Pacto puede válidamente imponer las sanciones antes descritas, las cuales se reitera, fueron convenidas previa y expresamente entre las partes. En este mismo sentido, las partes podrán usar los mecanismos previstos en la Ley para exigir el cumplimiento de la decisión arbitral. Sin embargo, en caso de incumplimiento, ni el Pacto ni la decisión del Tribunal de Arbitramento podrán involucrar decisiones relacionadas con las responsabilidades penales, fiscales, administrativas patrimoniales y disciplinarias de aquellos que están sujetas al arbitramento.

De otra parte, es necesario destacar que la estipulación de la cláusula arbitral como instancia contractual y competente para dirimir las controversias generadas durante la ejecución del Pacto, y en consecuencia declarar incumplidas sus obligaciones y ordenar la exigibilidad de efectos, constituye una instancia autónoma, independiente, adicional o complementaria a las instancias institucionales previstas en la legislación colombiana, como lo serían los procesos que por mandato legal deben ventilarse a través de las autoridades judiciales y administrativas,[8] las cuales de ninguna manera se entienden sustituidas o desplazadas por el Tribunal convenido en el Pacto.

En este sentido, la competencia del Tribunal conferida en el Pacto no interfiere, obstaculiza, reemplaza, ni se apropia de las competencias legales de las autoridades judiciales y administrativas en materia de control, investigación, juzgamiento y sanción de las conductas desplegadas en desarrollo de procesos de selección de contratistas, ni tampoco vulnera el principio *non bis in* ídem, de

[8] En desarrollo de los procesos penales, administrativos, de responsabilidad patrimonial, disciplinaria y fiscal.

acuerdo con el cual nadie puede ser juzgado dos (2) veces por la misma causa, pues se trata de dos (2) instancias independientes, complementarias y diferenciables entre sí. Por ello, el Pacto promueve el deber de los proponentes que no hubieren incumplido sus obligaciones, de realizar todas las gestiones y actuaciones necesarias para iniciar ante las entidades competentes los respectivos procesos de responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria en contra de los servidores públicos, sus asesores y contratistas, y de los proponentes que hubieren transgredido los compromisos previstos en el Pacto.

Finalmente, es importante resaltar, de una parte, que el Pacto de Integridad como acuerdo de voluntades, debe ser el resultado de un proceso de construcción de integridad en la licitación de que se trate, que combine medidas y prácticas que contribuyan a generar confianza en el proceso de contratación, y de otra parte, tener en cuenta que es ante todo una herramienta preventiva, es decir, por sí misma no es garantía de la ausencia de corrupción. En el proceso de su adaptación para las condiciones de Colombia, se ha buscado que su carácter de acuerdo voluntario y su utilización como dispositivo para discutir abiertamente los riesgos de corrupción en las agendas de las negociaciones entre sector público y privado, contribuya efectivamente a cambios culturales voluntarios en dirección a la construcción de integridad en el país, por ello nuestra invitación es a utilizarla y a mejorarla cada vez más.

Durante cerca de 5 años, la Corporación Transparencia por Colombia ha desarrollado una importante experiencia en la implementación de la herramienta Pactos de Integridad, mediante el acompañamiento a 60 procesos de contratación pública, que han involucrado recursos por valor de U$2.215 millones. Estos procesos han sido adelantados por 24 entidades del Estado colombiano de 10 sectores representativos de la economía nacional: comunicaciones, obras públicas, transporte, informática, financiero, adecuación de tierras, alimentos y bebidas, servicios de suministro, energía e interventorías.

Alrededor de éste acompañamiento se han suscrito 40 Pactos de Integridad y se ha concertando el compromiso de 254 compañías nacionales y 48 internacionales. En este mismo sentido, en desarrollo de la construcción de compromisos éticos, cerca de 600 servidores públicos han suscrito declaraciones éticas.

Procesos acompañados con Pactos de Integridad en 1999 - 2002

▲Sector / Nombre del proceso	Procesos	Pactos firmados	Firmas nacionales	Firmas internac.	Funcionarios y asesores que firmaron Declaración Etica	Monto Contratación en miles U$
▲Comunicaciones						
Ministerio de Comunicaciones / Fonade	7	4			91	$355.798
Telecom	11	6			77	$41.274
Ministerio de Comunicaciones	1	5			45	$56.000
▲Obras públicas						
Departamento de Risaralda y Gtz alemana	4	4			28	$1.570
Departamento del Atlántico y Cámara de Comercio de Barranquilla	1	0			12	$13.500
Invías	1	1			24	$268.000
Aguas de Cartagena	10	0			18	$24.000
Departamento del Meta	1	1			19	$ 4.191
▲Transporte						
Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá	1	0			No se firmó	$1.500
▲Informática						
Ministerio de Educación y Secretaria Ejecutiva Convenio Andrés Bello	1	0			18	$27.600
Dian	2	2			25	$52.000
Ecopetrol	2	2			65	$42.800
Banco Agrario	1	1			57	$ 30.000
▲Salud						
Ministerio de Salud	1	1	8	0	30	$600.000
▲Adecuación de Tierras						
Instituto Nacional de Adecuación de Tierras-Inat / Bid	1	0			No se firmó	$20.000
▲Alimentos y Bebidas						
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Icbf y CapitalCorp	1	1			17	$144.967
Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia	1	1			15	$8.540
▲Servicios de suministro						
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá	1	1	4	0	20	$4.000
▲Energía						
Ministerio de Minas y Energía / Empresa distribuidora de energía Isagen / Inverlink	1	0			No se firmó	$500.000
▲Interventorías						
Ministerio de Comunicaciones / Fonade	4	4			30	$4.165
Departamento de Risaralda y Gtz alemana	4	4			Incluido en Obras Públic.	$158
Comisión Nacional de Regalías / Pnud	1	1			10	$5.511
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Icbf y CapitalCorp	1	1			Incluido en Alimentos	$1.028
Empresa Colombiana de Vías Férreas	1	0			No se firmó	$7.900
Total	**60**	**40**	**254**	**48**	**601**	**$2.214.502**

Nota (*): De los 60 procesos acompañados solo en 35 casos se hicieron adjudicaciones, con un ahorro en promedio del 19% con respecto a los presupuestos originales.