

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: VÍCTOR GUILLERMO PARRA ÁVILA
Contratista FNGRD.

DE: CHRISTIAN FERNANDO JOAQUI TAPIA
Jefe Oficina Asesora Jurídica – OAJ.

FECHA: 04/05/2023

- 1. ASUNTO:** *Respuesta a Solicitud de Concepto y orientación para definir las acciones que se deban adelantar con ocasión del inicio del contrato de obra No. 9677-PPAL001-1302-2022 y contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-1299-2022.*
- 2. TEMAS:** *INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERÉS – Concepto – Requisitos / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERÉS EN CONTRATACIÓN ESTATAL – Generalidades – Requisitos – Medidas especiales TAXATIVIDAD E INALTERABILIDAD DE LAS CAUSALES DE RECHAZO – Pliegos de Condiciones / Noción.*

3. CONSULTA:

“Se acude a su despacho con el fin de solicitar un concepto jurídico, sobre los siguientes aspectos:

- 1. Si el escenario evidenciado, configura un eventual conflicto de intereses.*
- 2. Si con la respuesta emitida por la interventoría, se supera el eventual conflicto y se puede suscribir el acta de inicio del contrato de obra No. 9677-PPAL001-1302-2022 y contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-1299-2022.*
- 3. En caso de que se presente conflicto de intereses, como se debe proceder con los contratos suscritos.*
- 4. Y si se presenta conflicto de interés, que trámite o actuaciones de orden administrativo y/o disciplinario deben adelantarse desde la supervisión”*

4. COMPETENCIA:

En atención a la solicitud erigida por usted, es necesario mencionar que dentro de las facultades y funciones que contempla esta Oficina se encuentra la de establecer interpretaciones jurídicas respecto de casos específicos con relación a la ejecución de la misión y visión de la Unidad Administrativa Especial (UNGRD) dentro del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – SNGRD. Lo anterior, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 12, modificado por el Art. 3, Decreto Ley 2672 de 2013. En este caso, la petición guarda relación con un asunto que es producto de la contratación adelantada por el FNGRD, previa instrucción del Director General de la UNGRD o su delegado, ordenador del gasto del FNGRD en los términos establecidos en el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012.

En virtud de lo anterior, se advierte que, como el objeto de la consulta guarda relación directa con las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico al ordenador del gasto del FNGRD, esto es al Director General de la UNGRD o su delegado, la OAJ es competente para responder la petición presentada por la Subdirección General de la UNGRD.

5. CONCEPTO:

La tesis que pretenden soportar y desarrollar los argumentos consecuentes, se encuentra delimitada en los siguientes términos:

“Un Conflicto de Interés, entendido como una especie dentro del régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, que presuntamente se predique de un proponente o contratista, deberá encontrarse consagrada como causal señalada de manera taxativa por el constituyente o el legislador. Sin embargo, es posible que en los Contratos Estatales se incluyan, de manera expresa (esto es, de manera clara y precisa), causales de conflicto entendidas como prohibiciones, restricciones o sanciones, dentro los pliegos de condiciones a partir de la etapa precontractual. Así las cosas, de haberse consagrado como prohibición (típica), deberá evaluarse de manera estrictamente objetiva (interpretación restrictiva) su aplicación en el caso concreto. En consecuencia, si un aparente conflicto de interés no se encuentra tipificado en las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos, derivados necesariamente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades determinado en constitución o la Ley, no podría ser evaluado en sí mismo, so pena de que el juicio de reproche quede sujeto al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate.”

En sustento y desarrollo de la tesis propuesta de manera precedente, esta Oficina deberá abordar varios acápites de naturaleza eminentemente jurídica, los cuales se encuentran contemplados y delimitados a continuación:

1. Inhabilidades e Incompatibilidades y Conflicto de Interés: Generalidades, definición, diferencias.



2. Desarrollo Jurisprudencial de la incapacidad para contratar derivada de la prohibición consagrada en los pliegos de condiciones descrita a través de la institución del Conflicto de Interés.
3. Precisiones Finales.
4. Respuesta concreta a los cuestionamientos formulados.

5.1. Inhabilidades e Incompatibilidades y Conflicto de Interés en la Contratación Estatal: Generalidades, definición, diferencias.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de Ley 149 de 1992 (hoy Ley 80 de 1993), se denominan inhabilidades e incompatibilidades, aquellas que recogen una circunstancia vinculada con la capacidad de un proponente o contratista y cuya presencia impide la participación, perfeccionamiento o ejecución de un Contrato estatal.

Las inhabilidades propiamente dichas, se refieren a aquellas circunstancias que son imputables al contratista o proponente que le impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las Incompatibilidades, mientras tanto, hacen referencia a aquellas circunstancias que afectan la celebración de un contrato en una determinada Entidad estatal en razón a vinculaciones de orden laboral, parentesco, vínculos de afecto o de interés económico. Dicho en otras palabras, la inhabilitación se distingue de la incompatibilidad con relación a que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino de “*no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados*”¹ En cualquier caso, ambas denominaciones son contempladas, dentro del ordenamiento jurídico interno, como prohibiciones, restricciones o sanciones que tienen por finalidad generar tranquilidad en los administrados frente al comportamiento y actuaciones de los servidores públicos². Sin embargo, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, del cauce de ellas se derivan iguales consecuencias jurídicas en la contratación con el Estado, esto es, la limitación de la capacidad contractual³.

Así, aunque la Ley no le ha dado un desarrollo expreso al termino de Conflicto de Interés el Consejo de Estado ha manifestado que es “*la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las*

¹ Manual de Derecho Administrativo. Tomo II. 3ª. Ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1983, pp. 117 y 118. Manuel María Díez.

² Cfr. El régimen jurídico de los contratos estatales. Jorge Pino Ricci. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2005.

³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148.

decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.”⁴ Razón por la cual, es la jurisprudencia, la fuente del derecho que erige la naturaleza, delimitación y determinación, dentro del ordenamiento jurídico interno, de lo denominado como Conflicto de Interés, concluyendo que, para cada caso en particular, la circunstancia deberá ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta o no, el conflicto de interés en relación con la situación presentada.

En esencia el objetivo de estas disposiciones es tratar de impedir que se mezcle el interés privado de quien cumple o cumplirá una función pública, con el interés público, y evitar, por tanto, que pueda valerse de su influencia, para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno.

En aquel orden de ideas, se puede afirmar que el Conflicto de Interés hace parte, como una especie, dentro del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, razón por la cual, la consecuencia será la incapacidad de una persona natural o jurídica respecto de la participación en un proceso de selección, su perfeccionamiento o su consecuente ejecución. Asimismo, es dable afirmar que tanto la Ley 80 de 1993 (Art. 4°), como la Ley 1150 de 2007 (Art. 6°, 9°, 13, 18) la Ley 1474 de 2011 (Art. 90), el Acto Legislativo 01 de 2009 (Artículo 4°) y la Ley 1437 de 2011, conservan dentro de sus estipulaciones Conflictos de Interés. En consecuencia, no es posible afirmar que exista una lista exacta en un único compilado legal de aplicación o de reunión de las causales que pueden predicar Inhabilidades o Incompatibilidades para contratar.

Ahora bien, es menester precisar que la Corte Constitucional⁵ ha señalado que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, así como las prohibiciones entendidas como Conflicto de Interés, son taxativas; unas han sido dispuestas por el constituyente primario y otras establecidas o ampliadas por el legislador (Constituyente secundario), por disposición expresa de la Constitución o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública. Así las cosas, la potestad de configuración normativa de las inhabilidades e incompatibilidades, está sometida a dos tipos de límites: i) los derechos, principios y valores constitucionales, particularmente los derechos a la igualdad, el trabajo, el libre ejercicio de profesiones y oficios y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, y ii) los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, por tratarse de limitaciones a derechos fundamentales, los cuales tienen como referencia los

⁴ Cfr. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)

⁵ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-903 de 2008. Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 1° (parcial) de la Ley 1148 de 2007. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería.

principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, en particular la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad.

5.2. Desarrollo Jurisprudencial de la incapacidad para contratar derivada de la prohibición consagrada en los pliegos de condiciones descrita a través de la institución del Conflicto de Interés.

Lo primero que advierte el Consejo de Estado⁶, es que dentro del estatuto de contratación de la administración pública no se menciona el conflicto de intereses, sino que, la Ley lo prevé en disposiciones de carácter especial, i) como el régimen de los congresistas o de los concejales o ii) el régimen disciplinario de los servidores públicos; o se enuncia, junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos, iii) en el régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas.

En aquel sentido, la jurisprudencia constitucional⁷ refiere que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como tal, se encuentra destinado 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 (C.C. arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). Por lo anterior es que, de la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

Sin perjuicio de lo mencionado, se tiene que el conflicto de intereses, por denominación general, se funda en la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce o ejercerá funciones públicas, razón por la cual podrá verse afectada la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público. Se puede afirmar, que para el caso, quien cumplirá una función pública serán los proponentes a quien se les adjudicó el contrato de Interventoría y de Obra (que pasarán a denominarse Contratistas), así como el Contratista que aún ejerce la función pública en el contrato de Obra que se encuentra en etapa de Liquidación. Así, es posible afirmar que el presunto conflicto de interés obedecerá, en este caso, a la concurrencia de intereses antagónicos entre el Contratista Interventor respecto del Contratista de Obra cuya vigilancia, control y

⁶ Consejo de Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045).

⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C- 415 de 1994. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de Ley 80 de 1993 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

seguimiento podría verse afectada por el Interés particular derivado de la celebración de un negocio jurídico antecedente con el fin de obtener un aprovechamiento particular y económico.

En línea con lo expuesto por el Consejo de Estado en Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del 28 de abril de 2004, con radicación 1572, se señalaron cuatro aspectos con el fin de entender que el conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática y que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta a través del siguiente orden:

- a. **Definición.** En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.
- b. **Finalidad.** El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del servidor público sobre los intereses generales, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares.
- c. **Fundamento.** De allí que el fundamento de la causal de rechazo, prohibición o impedimento debe radica en que:
 - Se afecte la transparencia de la decisión. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante.
 - En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.
- d. **Necesidad de análisis en cada caso particular:** Atendiendo la complejidad del tema, el conflicto de interés requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del servidor público o hacer inanes los alcances de la ley.



Siguiendo el desarrollo jurisprudencial y de acuerdo con el literal d antecedente, el máximo tribunal mencionó que las situaciones de conflicto se expresan en prohibiciones que limitan la capacidad de una persona natural o jurídica y por ello es que “*su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que **no es posible su aplicación extensiva o analógica**”⁸ (Énfasis y subrayas añadidas). En consecuencia, es posible concluir que el potencial conflicto de interés deberá ser analizado en cada caso particular teniendo en cuenta que el conflicto: i) se encuentre expreso en la Ley o la Constitución y ii) se efectúe una interpretación estricta, es decir, sin interpretación extensivas o analógicas.*

En sentido consecuente y en adición a los postulados contemplados para el análisis y aplicación de un potencial conflicto de interés, la misma Corporación⁹ consagró dos criterios complementarios y concluyentes: i) la Tipicidad y la ii) Objetividad. Estos, con el fin de preservar y hacer efectivo el principio de selección objetiva de un Contratista, de acuerdo con los siguientes postulados:

- A. Si la Administración identifica, encuentra o vislumbra actividades que parecen incompatibles, no solo con su misionalidad sino con el consecuente cumplimiento de los fines esenciales del estado a través del referido contrato, deberá, necesariamente tipificarlas, es decir, definirlas de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia, restrictiva, prohibitiva o sancionatoria.
- B. Así, resulta evidente la necesidad de que el Contratante, señale de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir, restringir o sancionar la participación de una persona natural o jurídica en el proceso de selección que se trate. Cabe resaltar que aquellas, no pueden ser caprichosas, por lo que su inclusión debe justificarse en salvaguardar principios superiores, como la igualdad, la imparcialidad, la transparencia, la moralidad o la selección objetiva.¹⁰

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: Sentencias de Sala Plena, del 13 de julio de 2006. Rad. 2005-01132-01 (PI), y del 10 de septiembre de 2009, Rad.: 63001-23-31-000-2009-00071-01(PI); Sentencia de la Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2004-00365-01, del 29 de enero de 2009.

⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045).

¹⁰ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C – 413 de 2022.

- C. Ahora bien, no basta con la identificación y tipificación de la conducta que resulta como prohibición, restricción o sanción, sino que además el Contratante deberá efectuar una evaluación estrictamente objetiva, es decir, que las circunstancias o hechos consagrados como causales de conflicto puedan ser evaluadas en sí mismas, esto es, sin que queden sujetos a criterio opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate (evaluación subjetiva: perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo¹¹).
- D. Finalmente, agotado aquel estudio juicioso del potencial conflicto de interés, con el cumplimiento total de sus presupuestos, la principal consecuencia es el rechazo de la propuesta, pues tal sería la consecuencia que se establece en los pliegos de condiciones, sin perjuicio de otros efectos asociados a una posible indebida adjudicación de un contrato por no aplicar el conflicto de interés. Lo que también quiere decir que desconocer una causal de conflicto de interés en un procedimiento de selección no implica necesariamente violar el régimen de inhabilidades o incompatibilidades.

Así las cosas, como síntesis se puede afirmar que de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento jurídico o, para el caso, en el pliego de condiciones.

6. PRECISIONES FINALES Y RESPUESTA CONCRETA A LOS CUESTIONAMIENTOS FORMULADOS.

Conforme a todo lo expuesto y en motivación de ello, es válido afirmar en primer término que, luego de la revisión de los documentos precontractuales, en especial el documento denominado “*INVITACIÓN A COTIZAR FNGRD-SRR-I-212-2022 JUSTIFICACIÓN PARA COTIZAR INTERVENTORÍA*” respecto del Contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-1299-2022, numeral 27.3. “CAUSALES DE RECHAZO” subnumeral 5° y documento denominado “*INVITACIÓN A COTIZAR FNGRD-SRR-O-211-2022 JUSTIFICACIÓN PARA COTIZAR OBRA*” respecto del Contrato de Obra No. 9677-PPAL001-9677-PPAL001-1302-2022, numeral 26.5. “INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES” y numeral 29.6. “CAUSALES DE RECHAZO” subnumeral 5°,

¹¹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española. Subjetivo, va. Segunda acepción del Adjetivo.

se tipificó como circunstancia de incapacidad y por ende, causal de rechazo “*Estar incurso el cotizante o alguno de los integrantes de la estructura plural en causal de Inhabilidad, Incompatibilidad o prohibición previstas en la legislación colombiana para contratar*”. En aquel sentido, se encuentra que, en la legislación colombiana para contratar y conforme a la causal expuesta por el peticionario, (*Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del particular disciplinable deberá declararse impedido*¹²) aquella descripción, dentro del procedimiento de selección, se torna abstracto y carece de concreción, pues no representa ninguna acción u omisión concreta, ni identifica hecho alguno, esto es, no se tipifica *stricto sensu* la conducta o la circunstancia de la cual derivaría el efecto prohibitivo propio del conflicto de intereses.

En aquel orden de ideas, puede afirmar esta Oficina que a través de la interpretación amplia de una causal derivada del Código General Disciplinario, entendida esta como prohibición, no podría el operador administrativo crear, luego de transcurrido el proceso de selección y en etapa de adjudicación, una causal de incapacidad de los contratistas con fundamento en una evaluación netamente subjetiva. Afirmación que también quiere decir que:

- a) No existe tipificada en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba la participación de los miembros de un consorcio contratista, que a su vez tenga vigente un contrato de obra en etapa de liquidación, dentro de un proceso de selección vigente, con la misma entidad, con el fin de que estos puedan presentar ofertas, adjudicarsele, perfeccionarlo y ejecutar un contrato cualquiera que sea su tipología.
- b) No existe tipificación en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba el perfeccionamiento de un Contrato de Interventoría o de Obra cuyo consorcio adjudicatario contemple dentro de sus miembros un contratista que tenga vigente un contrato de obra en etapa de liquidación.
- c) Finalmente, no existe tipificación, ni en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba el perfeccionamiento de un Contrato de Obra cuyo consorcio adjudicatario contemple dentro de sus miembros uno que haga parte de un consorcio contratista respecto de un contrato en liquidación, así como tampoco prohibición del perfeccionamiento de un contrato de Interventoría cuyo Consorcio

¹² Cita de cita de la Comunicación Interna 2023IE02337 del 25/04/2023. Solicitud concepto jurídico eventual escenario de conflicto de intereses.

adjudicatario contemple dentro de sus miembros, uno que también sea miembro de aquel Consorcio Contratista respecto del mismo contrato de obra en liquidación.

En sentido positivo, valga la pena aclarar que, puede una persona natural o jurídica, participar y ejecutar contratos con la Entidad, sin predicarse un potencial conflicto de interés, en los diversos y simultáneos procesos de selección, sin distinción de su etapa contractual. En aquel sentido, podría una persona natural o jurídica, ser miembro de un consorcio contratista obra respecto de un contrato y ser miembro, al mismo tiempo, de otro consorcio contratista de obra o interventoría. También vale la pena precisar que lo que prohíbe la legislación interna es: i) la participación de personas con vínculo de parentesco en la misma licitación con ofertas distintas; y ii) ser interventor de un contrato de obra pública, concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, que sea ejecutado por él mismo, su cónyuge o compañero permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Causales, como ya se vio, no ajustadas al caso en cuestión.

6.1. RESPUESTA CONCRETA A LOS CUESTIONAMIENTOS FORMULADOS.

I. ¿El escenario evidenciado, configura un eventual conflicto de intereses?

En virtud de lo expuesto y atendiendo el tenor literal de sus preguntas, se afirma que no existe tipificación, ni en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba la participación de los miembros de un Consorcio contratista, que a su vez tenga vigente un Contrato de Obra en etapa de liquidación, dentro de un proceso de selección vigente, con la misma entidad, con el fin de que estos puedan presentar ofertas, adjudicársele, perfeccionarlo y ejecutar un Contrato cualquiera que sea su tipología.

En el mismo sentido, tampoco existe tipificación, en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba el perfeccionamiento de un Contrato de Interventoría o de Obra cuyo Consorcio adjudicatario contemple dentro de sus miembros un Contratista que tenga vigente un Contrato de Obra en etapa de Liquidación.

Y, finalmente, no existe tipificación, ni en el ordenamiento jurídico, ni en los documentos que obedecen a los pliegos de condiciones, causal, circunstancia o hecho, que prohíba el perfeccionamiento de un Contrato de Obra cuyo consorcio adjudicatario contemple dentro de sus miembros uno que haga parte de un consorcio contratista respecto de un contrato en liquidación, así como tampoco prohibición del perfeccionamiento de un contrato de Interventoría cuyo Consorcio adjudicatario contemple dentro de sus

miembros, uno que también sea miembro de aquel Consorcio Contratista respecto del mismo contrato de obra en liquidación.

Valga la pena mencionar que lo que prohíbe, para el caso, la legislación interna es ostentar la calidad de Interventor de un Contrato de Obra pública, Concesión, Suministro de Medicamentos y de Alimentos, que sea ejecutado por él mismo, su cónyuge o compañero permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación de este. Causal, que en interpretación restrictiva y objetiva, no se encuentra ajustada al caso en cuestión.

II. ¿La respuesta emitida por la interventoría, supera el eventual conflicto y se podrá suscribir el acta de inicio del contrato de obra No. 9677-PPAL001-1302-2022 y contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-1299-2022?

Como se concluyó, las inhabilidades e incompatibilidades contemplan supuestos de hecho con consecuencias sancionatorio, prohibitivas o restrictivas. De haberse consagrado, dentro de las causales de rechazo, hipotético en el cual se pudiera concluir un eventual conflicto de intereses y desarrollado una interpretación estrictamente objetiva, el mero hecho de haber presentado la oferta dentro del proceso de selección bastaría para el rechazo de la misma, por concluir en nulidad absoluta de la actuación contractual. Lo anterior, quiere decir también, que las inhabilidades e incompatibilidades expuestas como prohibiciones afectan de manera directa la capacidad para contratar de manera absoluta, por cuanto un pronunciamiento o una “*subsanabilidad*” de la capacidad contractual no operaría respecto a la consecuencia de nulidad absoluta, por su propia naturaleza insubsanable.

III. ¿En caso de presentarse un conflicto de intereses, cómo se debe proceder con los contratos suscritos? ¿Qué trámite o actuaciones de orden administrativo y/o disciplinario deben adelantarse desde la supervisión?

En caso de presentarse una causal de inhabilidad o incompatibilidad, luego de agotado el procedimiento de interpretación restrictiva y el ejercicio argumental suficiente, al predicarse incapacidad para contratar por parte de los adjudicatarios y teniendo en cuenta que el Acto de Adjudicación no podrá revocarse de manera directa por la administración, deberá: i) adelantarse procedimiento administrativo general con el fin de garantizar el debido proceso de los adjudicatarios, ii) concluido este, a través de Acto Administrativo motivado, declarar la inhabilidad o incompatibilidad respecto del proceso de selección por incapacidad para contratar y iii) finalmente, se deberá ordenar la Cesión unilateral del contrato, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil, conforme lo establece el parágrafo primero del Artículo 9° de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, a través

de la operación administrativa impulsada por el Supervisor contractual, así como de la dependencia que adelantara, en su momento, el proceso de selección.

CHRISTIAN FERNANDO JOAQUI TAPIA
Jefe Oficina Asesora Jurídica OAJ – UNGRD.

Elaboró: Andrés Santiago Esquivel Huertas / Abogado OAJ

Revisó y aprobó: Christian Fernando Joaqui Tapia / Jefe OAJ

Actualización: formato GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CODIGO: G-1200-OAJ-01

