**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades opera como un límite o restricción a la capacidad para presentar ofertas en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, que busca salvaguardar principios como la probidad y la transparencia en la actividad de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas. Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las *incompatibilidades* son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado. Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Estudios y obra – Contratación conjunta**

El artículo 87 de La Ley 1474 de 2011, que modificó el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, indica que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. De acuerdo con la definición de los estudios de ingeniería establecida en el artículo 12 de la Ley 1683 de 2013 se concluye que para adelantar el proceso de contratación cuyo objeto consiste en la construcción de una obra, se requiere contar con los «estudios de prefactibilidad» y con los «estudios de factibilidad», porque a través de estos se verifica la «viabilidad» del proyecto. Una vez la entidad estatal tenga los estudios de prefactibilidad y de factibilidad para adelantar el procedimiento de selección, cuyo objeto consiste en la construcción de la obra, se podrá incluir en el objeto del mismo procedimiento la elaboración de estudios de «Fase 3. Estudios y diseños definitivos».

**PLIEGO DE CONDICIONES – Ley – Procedimiento de selección – Contrato – Entidad estatal – Causal – Conflicto de intereses – Improcedencia**

En consecuencia, si bien se ha dicho que el pliego de condiciones es «la ley del procedimiento de selección y del contrato», en esta frase la palabra «ley» no se utiliza en sentido formal, sino material. Además, el pliego de condiciones es un acto administrativo general –ni siquiera un reglamento– y, por lo tanto, no puede abrogarse la regulación de situaciones que gozan de reserva de ley, como el establecimiento de causales de inhabilidad o de incompatibilidad para participar en el correspondiente procedimiento de selección. Ahora bien, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado en varios conceptos que las entidades estatales pueden incluir en el pliego de condiciones causales de conflicto de interés, pudiendo prever dentro de estas que el consultor que realizó los estudios y diseños tenga prohibido presentarse a la licitación pública cuyo objeto es la contratación de la obra. Sin embargo, esta Subdirección se aparta de dicha tesis, porque al igual que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, las causales de conflicto de interés son disposiciones que gozan de reserva de ley. Actualmente, dichas causales están previstas para los servidores públicos –y no para los proponentes o contratistas– en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

Bogotá D.C., **14/02/2020 Hora 16:55:43s**

**N° Radicado: 2202013000000991**

Señor(a)

**Julio César Solano Andrade**

Ciudad

**Concepto C ─ 007 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Principio de legalidad ― Interpretación restrictiva / LICITACIÓN PÚBLICA ― Estudios y obra ― Contratación conjunta / CONTRATISTA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS ― Participación en licitación de obra ― Viabilidad ― Ausencia de conflicto de interés |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000008325 |

Estimado señor Solano,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de diciembre de 2019, remitida a esta entidad por motivo de competencia por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública el 12 de diciembre de 2019, 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 realiza las siguientes preguntas: i) «Se presenta inhabilidad o incompatibilidad en un proceso licitatorio de contratación pública, cuando quien ganó el proceso para realizar los estudios previos se presenta a licitar con un precio más bajo que el que estipuló para la obra en el resultado de los estudios?. (sic) Es decir, quien realizó los estudios predios (sic) estipuló como precio de la obra un valor de 60 y cuando se presenta a licitar por la obra, dice que cobra 50»; ii) «el director de la entidad, puede objetar esta situación y manifestar en el pliego de condiciones de la obra que quien realizó los estudios previos, no puede presentarse a licitar por la obra?».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; ii) posibilidad de realizar el proceso de licitación pública para adelantar estudios y diseños y a su vez la construcción de la obra y iii) posibilidad de que el contratista que elaboró los estudios y diseños participe como oferente en la licitación pública de la obra.

**2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos**

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[1]](#footnote-1) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012[[3]](#footnote-3)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[4]](#footnote-4).

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[5]](#footnote-5), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[6]](#footnote-6) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[7]](#footnote-7). De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado[[8]](#footnote-8).

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[9]](#footnote-9). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[10]](#footnote-10), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[11]](#footnote-11). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[12]](#footnote-12). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, 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[[13]](#footnote-13).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[14]](#footnote-14).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

**2.2. Viabilidad de realizar el proceso de licitación pública para adelantar los estudios y diseños y a su vez la construcción de la obra**

El artículo 87 de La Ley 1474 de 2011, que modificó el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, indica que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Así lo indica dicha norma:

El numeral 12 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

De acuerdo con el inciso final, para adelantar la contratación cuyo objeto consiste en realizar una obra, se requiere que al menos existan los estudios de viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. No obstante, permite que en un mismo procedimiento de selección se contrate la obra y la elaboración de los estudios y diseños que expliquen con mayor detalle las obras y estructuras que se requieran.

Lo anterior se reitera con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que cuando el objeto a contratar incluye el diseño y construcción, los estudios previos deben contener los documentos técnicos del proyecto[[15]](#footnote-15). En este sentido, de forma expresa se prevé la posibilidad de que en un mismo procedimiento de selección se contrate la elaboración de los diseños y la construcción de una obra.

Ahora, ¿qué ha de entenderse por estudios de «viabilidad» de un proyecto de construcción? El artículo 12 de la Ley 1682 de 2013 define y clasifica los diversos estudios de ingeniería que se adelantan para la ejecución de los proyectos de infraestructura en las siguientes tipologías: i) fase I –prefactibilidad–, ii) fase II –factibilidad– y iii) fase III –estudios y diseños definitivos–. Así las define el artículo:

En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[…]

**Estudios de Ingeniería**. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley [1508](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html#Inicio) de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

Fase 1. *Prefactibilidad*. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

Fase 2. *Factibilidad.*Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

Fase 3. *Estudios y diseños definitivos*. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción.

De acuerdo con la definición de los estudios de ingeniería, se concluye que para adelantar el proceso de contratación cuyo objeto consiste en la construcción de una obra, se requiere contar con los «estudios de prefactibilidad» y con los «estudios de factibilidad», porque a través de estos se verifica la «viabilidad» del proyecto. Una vez la entidad estatal tenga los estudios de prefactibilidad y de factibilidad para adelantar el procedimiento de selección, cuyo objeto consiste en la construcción de la obra, se podrá incluir en el objeto del mismo procedimiento la elaboración de estudios de «Fase 3. Estudios y diseños definitivos».

**2.3. Posibilidad de que contratista que elaboró los estudios y diseños participe como oferente en la licitación pública de la obra**

Como se indicó, previo a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011; de manera que la falta o insuficiencia de estos estudios atenta contra el principio de planeación y puede generar responsabilidad, tanto para la entidad como para los servidores públicos a cargo del procedimiento, de conformidad con el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-16).

Los estudios y diseños de la obra pueden obtenerse de manera previa, mediante la celebración de un contrato de consultoría[[17]](#footnote-17), que es un contrato independiente al de obra y cuyo objeto puede ser el encargo de la realización de los referidos estudios a un tercero, para que los haga de manera idónea y autónoma. De otra parte, como se consideró en el acápite anterior, los estudios y diseños de la obra pueden contratarse conjuntamente con la construcción de la obra.

Sin perjuicio de lo anterior y en atención al objeto de la consulta que origina el presente concepto, cabe preguntarse si una persona que fue contratada para realizar los estudios y diseños que servirán para un futuro contrato de obra, puede, a su vez, ser oferente en el proceso de licitación subsecuente para celebrar el contrato de obra o si, por el contrario, dicha circunstancia le impide participar en la licitación pública.

Revisadas las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dicho supuesto no constituye una limitante de la capacidad legal para celebrar el contrato de obra con la entidad estatal encargada del proyecto. En consecuencia, dado que dichas causales son taxativas y de interpretación restrictiva, el supuesto mencionado no genera inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado.

Esta circunstancia solo está prohibida en los contratos interadministrativos, ya que el artículo 2, numeral 4º, literal c), en el cuarto inciso, establece: «En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal». Pero esta prohibición no puede extenderse a los otros casos de celebración de contratos de obra, porque, como se anotó, las causales de inhabilidad e incompatibilidad no admiten una interpretación amplia o teleológica.

Ni siquiera una prohibición de tal naturaleza puede incluirse en el pliego de condiciones, para evitar que se presente el contratista que celebró el contrato de consultoría en ejecución del cual se elaboraron los estudios y diseños, pues, según se expresó en un numeral anterior de este concepto, las inhabilidades e incompatibilidades solo pueden ser creadas por el legislador formal, es decir, se rigen por el principio de tipicidad estricta. En consecuencia, si bien se ha dicho que el pliego de condiciones es «la ley del procedimiento de selección y del contrato», en esta frase la palabra «ley» no se utiliza en sentido formal, sino material. Además, el pliego de condiciones es un acto administrativo general –ni siquiera un reglamento– y, por lo tanto, no puede abrogarse la regulación de situaciones que gozan de reserva de ley, como el establecimiento de causales de inhabilidad o de incompatibilidad para participar en el correspondiente procedimiento de selección.

Ahora bien, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado en varios conceptos que las entidades estatales pueden incluir en el pliego de condiciones causales de conflicto de interés, pudiendo prever dentro de estas que el consultor que realizó los estudios y diseños tenga prohibido presentarse a la licitación pública cuyo objeto es la contratación de la obra[[18]](#footnote-18). Sin embargo, esta Subdirección se aparta de dicha tesis, porque al igual que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, las causales de conflicto de interés son disposiciones que gozan de reserva de ley. Actualmente, dichas causales están previstas para los servidores públicos –y no para los proponentes o contratistas– en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011[[19]](#footnote-19).

Admitir que las entidades estatales incluyan en el pliego de condiciones causales de «conflicto de interés» no guardaría diferencia con aceptar que puedan establecer inhabilidades o incompatibilidades, pues el efecto sería exactamente el mismo: prohibir que determinados sujetos se presenten al procedimiento de selección o celebren el contrato estatal. Tal habilitación pondría gravemente en riesgo los principios de legalidad y de libre concurrencia, ya que, de un lado, las prohibiciones para participar en la actividad contractual del Estado solo pueden ser creadas por el constituyente o el legislador, y de otro, todos los sujetos que no estén incursos en las causales de inhabilidad e incompatibilidad y que cumplan con los demás requisitos habilitantes, pueden presentarse al procedimiento de selección.

De otro lado, si bien la Ley 842 de 2003 –«Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones»– establece un conjunto de prohibiciones para los profesionales de la ingeniería, algunas de las cuales se aplican en los procedimientos de selección de los contratistas del Estado, se trata de prohibiciones dirigidas a los *profesionales*, no necesariamente a los *proponentes*. Así se infiere del artículo 30 de la mencionada Ley, que prevé lo siguiente: «Los ingenieros, sus profesionales afines y sus profesionales auxiliares, para todos los efectos del Código de Ética Profesional y su Régimen Disciplinario contemplados en esta ley, se denominarán "Los profesionales"».

En tal sentido, conviene referirse, de manera especial, a la prohibición prevista en el literal a) del artículo 44 de dicha Ley, según la cual: «Los *profesionales* que hayan actuado como asesores de la parte contratante en un concurso o licitación deberán abstenerse de intervenir directa o indirectamente en las tareas profesionales requeridas para el desarrollo del trabajo que dio lugar al mismo, salvo que su intervención estuviese establecida en las bases del concurso o licitación» (cursiva fuera de texto).

Como se observa, esta norma prohíbe que el profesional que ha actuado como *asesor* de quien está interesado en contratar un servicio participe en las actividades que serán contratadas, salvo que así lo permitan las condiciones de la convocatoria.

La palabra *asesor* en el artículo 44 de la Ley 842 de 2003 debe interpretarse restrictivamente y en armonía con el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, que define el objeto de los contratos de consultoría[[20]](#footnote-20), disponiendo que la *asesoría* es una actividad diferente a la *elaboración de los estudios y diseños*. En consecuencia, no todo el que celebra un contrato de consultoría con una entidad estatal lo hace para asesorarla, ya que, normativamente, el objeto de esta tipología contractual incluye actividades diversas, como los estudios y diseños, los estudios para la ejecución de proyectos de inversión, los estudios de diagnóstico, la interventoría, la gerencia de obra o de proyectos y *la asesoría*, entre otras.

Partiendo de esta precisión conceptual y guiados por el criterio de interpretación restrictiva que gobierna tanto las inhabilidades e incompatibilidades como, en general, las prohibiciones, debe indicarse que cuando el artículo 44 de la mencionada Ley 842 establece que «Los *profesionales* que hayan actuado como *asesores* de la parte contratante en un concurso o licitación deberán abstenerse de intervenir directa o indirectamente en las tareas profesionales requeridas para el desarrollo del trabajo que dio lugar al mismo, salvo que su intervención estuviese establecida en las bases del concurso o licitación» (cursiva fuera de texto), lo que prohíbe es que los profesionales que asesoraron a la entidad contratante en el correspondiente procedimiento de selección, participen luego en la ejecución de las labores que motivaron la realización de la convocatoria. Por ejemplo, que quien actuó como asesor en un concurso de méritos de arquitectura, trabaje posteriormente en la elaboración del diseño arquitectónico[[21]](#footnote-21). Pero la norma no proscribe que quien hizo los estudios y diseños se presente al proceso de licitación pública cuyo objeto es contratar la obra o participe en la construcción, pues en este caso el diseñador no actúa como *asesor*.

A modo de conclusión, una persona que fue contratada para elaborar los estudios y diseños previos de una obra no está inhabilitada ni está en situación de incompatibilidad para participar en el posterior procedimiento de licitación para seleccionar al contratista que se encargará de la obra. De otro lado, la entidad contratante no puede crear dicha prohibición como causal de conflicto de interés en el pliego de condiciones, porque atentaría contra los principios de legalidad y de libre concurrencia.

1. **Respuestas**

i) ¿«Se presenta inhabilidad o incompatibilidad en un proceso licitatorio de contratación pública, cuando quien ganó el proceso para realizar los estudios previos se presenta a licitar con un precio más bajo que el que estipuló para la obra en el resultado de los estudios?. (sic) Es decir, quien realizó los estudios predios (sic) estipuló como precio de la obra un valor de 60 y cuando se presenta a licitar por la obra, dice que cobra 50»

Una persona contratada para realizar los estudios y diseños previos de una obra no está inhabilitada ni incursa en una incompatibilidad para participar en la licitación pública que seleccionará el contratista encargado de la construcción de la obra. Ello, incluso, a pesar de que en la licitación dicho proponente presente una oferta por un precio mayor al que diagnosticó como presupuesto de la obra en el estudio y diseño previo, pues si el precio se establece en el pliego de condiciones como criterio de evaluación, el proponente entra a competir con los demás por este factor y deberá asumir la consecuencia en la calificación de señalar un precio mayor, pudiendo obtener un menor puntaje en este *ítem*, respecto de alguien que oferte un precio menor.

ii) ¿«el director de la entidad, puede objetar esta situación y manifestar en el pliego de condiciones de la obra que quien realizó los estudios previos, no puede presentarse a licitar por la obra?»

La entidad contratante no puede crear dicha prohibición como causal de conflicto de interés en el pliego de condiciones, porque atentaría contra los principios de legalidad y de libre concurrencia.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

   »Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

   »1o.) que sea legalmente capaz.

   […]

   »La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-2)
3. Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

   »No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-3)
4. En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278). [↑](#footnote-ref-4)
5. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «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 contemplados 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» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-5)
6. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-6)
7. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto].

   [↑](#footnote-ref-7)
8. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); «Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada» (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); «Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad» (art. 5, Ley 1474/11). [↑](#footnote-ref-8)
9. BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.1**.**Estudios y documentos previos***.***Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

    »[…]

    »2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licen­cias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto» [↑](#footnote-ref-15)
16. «Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos». [↑](#footnote-ref-16)
17. Este tipo contractual se define en el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

    »Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos». [↑](#footnote-ref-17)
18. Al respecto, véase los conceptos del: 10 de agosto de 2006. Exp. 1.767. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo; y del 23 de marzo de 2011. Exp. 2.045. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-18)
19. «Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

    »1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

    »2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

    »3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

    »4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

    »5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

    »6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

    »7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

    »8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

    »9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

    »10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

    »11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

    »12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

    »13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

    »14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

    »15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

    »16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición». [↑](#footnote-ref-19)
20. Dicho numeral establece: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

    »Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

    »Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 2.2.1.2.1.3.9., numeral 2º, del Decreto 1082 de 2015 establece que el organismo asesor en el concurso de arquitectura «Es el ente idóneo en la materia de arquitectura que organiza y diseña los aspectos técnicos del concurso de arquitectura y, actúa como coordinador entre la Entidad Estatal promotora y el jurado calificador, y entre éstos con los proponentes». [↑](#footnote-ref-21)