**INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Prohibición – Limitación – Finalidad**

El ordenamiento jurídico contempla un régimen de inhabilidades para contratar con el Estado integrado por principios y normas dirigidos a proteger la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales.

La causa de dicha limitación responde, generalmente, a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito de la persona que le impide ser parte en esas relaciones contractuales, y que sin ellas se podría afectar el correcto cumplimiento del contrato, afectando el interés público y las finalidades que demanda la actividad contractual estatal.

**INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Contrato de Interventoría – Suscripción – Contratos previos – Alcance**

Entre las inhabilidades e incompatibilidades que señala el ordenamiento jurídico para contratar con el Estado se encuentra la prevista en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, que impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la misma entidad contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, esta prohibición se extiende al cónyuge, compañero o compañera 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.

[…] Es decir, por haber suscrito uno estos contratos con anterioridad a la interventoría este contratista no puede suscribir contratos de interventoría con la misma entidad, sin que sea necesaria la existencia de relación entre la interventoría y los demás contratos previstos en esta norma.

**ASESORÍA INGENIEROS – Prohibición – Ley 842 de 2003 – Procesos de selección –Estudios y diseños – Elaboración – Intervención en proceso – Límites – Interventoría**

El artículo 44 de la mencionada Ley establece que el profesional que haya asesorado a la parte contratante, es decir a la entidad pública, en una licitación o concurso, deberán abstenerse de intervenir en actividades o trabajos que se originaron del proceso de selección que asesoró, salvo que se le permita intervenir en el pliego de condiciones o en los estudios previos del concurso o licitación. […]

Esta prohibición solo es aplicable al ingeniero que haya asesorado procesos de licitación o concursos y que posteriormente participe directa o indirectamente en actividades o trabajos que se producen en virtud de estos procesos.

[…] Ni en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ni en las normas que rigen el ejercicio de la ingeniería se encuentra alguna prohibición que impida que la persona -natural, jurídica, consorcio o unión temporal- que haya participado en la elaboración de los estudios y diseños de un proyecto pueda celebrar contratos de interventoría. Es decir, el proponente que fue consultor de la entidad para el proyecto que requiere la interventoría, no se encuentra inhabilitado para presentar ofertas en el concurso de méritos que tiene por objeto contratarla.

Bogotá D.C., **07/11/2019 Hora 17:30:33s**

# N° Radicado: 2201913000008314

Señor (a)

**Ciudadano**

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000006288 |
| **Temas:** | Concurso de méritos, interventoría |
| **Tipo de asunto consultado:** | Posibilidad de participar en la selección de la interventoría cuando el proponente había sido parte de los estudios y  diseños |

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de septiembre 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.

# Problema Planteado

“¿Se puede presentar a un concurso de méritos para un proyecto un proponente que haya sido el consultor de los estudios y diseños del proyecto que se va a hacer la interventoría?”.

# Consideraciones

Para responder a su consulta es importante analizar: i) las prohibiciones que establece el Estatuto General de la Contratación Pública para contratar, y que afectan la capacidad de los proponentes para participar en procesos de contratación con entidades públicas; ii) posteriormente se analizarán las prohibiciones para celebrar contratos de interventoría; iii) seguidamente la posibilidad de que las entidades puedan incluir circunstancias que puedan generar conflicto de intereses; iv) las prohibiciones de la Ley 842 de 2003 para ejercer la profesión de ingeniero en relación con la contratación estatal; y v) la posición del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA en relación con las prohibiciones de la Ley 842 de 2003.

# Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El ordenamiento jurídico contempla un régimen de inhabilidades para contratar con el Estado integrado por principios y normas dirigidos a proteger la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales. Por lo anterior, ese régimen establece unas circunstancias fácticas que impiden y limitan la capacidad legal de determinadas personas, tanto naturales como jurídicas, para celebrar contratos con el Estado1.

La causa de dicha limitación responde, generalmente, a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito de la persona que le impide ser parte en esas relaciones contractuales, y que sin ellas se podría afectar el correcto cumplimiento del contrato, afectando el interés público y las finalidades que demanda la actividad contractual estatal2.

Según la naturaleza de los hechos o de las circunstancias que configuran una inhabilidad para contratar con el Estado, las causas generalmente corresponden a aspectos propios del cargo desempeñado, parentesco y sanciones que el Estado ha impuesto en ejercicio de su potestad sancionadora; a manera de ejemplo, la Ley 80 de 1993 establece, entre otras causales, que están inhabilitados para contratar con el Estado: i) 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;

ii) los servidores públicos; y iii) 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 licitación3.

Las inhabilidades e incompatibilidades son aquellas que se encuentran tipificadas en la Ley y son de aplicación restrictiva, es decir que no pueden extenderse a situaciones no prescritas en la norma o aplicarlas de manera analógica. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-903 del 17 de septiembre de 2008, expreso: “Ha

1 Este régimen se encuentra principalmente integrado por las inhabilidades previstas en la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011 y demás normas que las aclaren, adicionen, modifiquen o sustituyan. Ver Corte Constitucional, Sentencia del 20 de mayo de 2009, expediente D-7518, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996 Expediente D-1264, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 La Ley 80 de 1993 contiene, en el artículo 8, las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado, entre esas se encuentran las previstas en el numeral 1, literales d, f y g.

señalado esta corporación que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo”.

# Inhabilidad para celebrar contratos de interventoría

Entre las inhabilidades e incompatibilidades que señala el ordenamiento jurídico para contratar con el Estado se encuentra la prevista en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, que impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la misma entidad contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, esta prohibición se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas4.

De conformidad con lo anterior, Luis Guillermo Dávila afirma que no podrá celebrar contratos de interventoría la persona -natural, jurídica, consorcio o unión temporal- que durante la presentación de ofertas conserve una relación contractual sin liquidar con la misma entidad5.

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de esta norma, expresó en la sentencia C-618 del 8 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Mortello, que esta prohibición no impide ni limita la participación de los proponentes para celebrar contratos estatales, sino que es una restricción que busca garantizar y salvaguardar el interés público y preservar la transparencia de la contratación pública sin que se privilegien intereses particulares. Al respecto señaló:

Para la Corte no cabe duda que la relevancia de la restricción que la norma impugnada establece estriba en la necesidad de evitar la simultaneidad de contratos celebrados con la misma entidad y obedece a que el legislador consideró necesario imponerla para ciertos contratos que por su naturaleza y gran impacto, requieren de controles más estrictos, todo con el propósito de darle prevalencia al bien común propiciando que la actividad administrativa que subyace en la contratación estatal se desarrolle con imparcialidad y transparencia y sin la

4 Ley 1474 de 2011: “Artículo 5o. 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 consanguinidad, 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”.

5 DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Legis 3ª Edición, Bogotá, 2016.

Pp. 187.

interferencia que podría derivarse de la participación de los particulares por su múltiple vinculación contractual en relación con un específico ente estatal a través de los instrumentos jurídicos que la norma escogió como referentes para establecer la prohibición.

De esta forma encuentra la Corte igualmente oportuno acoger algunas de las consideraciones esbozadas por el Departamento Nacional de Planeación en cuanto señala que la limitación en una contratación determinada, como lo es la del contrato de interventoría, con una entidad específica, no implica la vulneración de los derechos de los interesados en adelantar las labores propias de la actividad respectiva (supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos y etapas en que se desarrolla un contrato estatal) pues no se les estaría impidiendo que, respecto de otras entidades, puedan vincularse y ejercer el trabajo, la profesión u oficio a cuya supuesta restricción se oponen. Perspectiva bajo la cual la Corte encuentra válido que el legislador haya pretendido prevenir que una persona sea el interventor de contratos que hayan sido suscritos por ella o por familiares a objeto de concretar un fin constitucionalmente legítimo, cual es el de garantizar que la contratación estatal se realice con apego a los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, transparencia y objetividad.

En este orden de ideas, la inhabilidad del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 se origina por el hecho de que el interesado en participar en un proceso que tiene por objeto celebrar un contrato de interventoría se encuentra ejecutando con la misma entidad contratos de obra, de concesión o de suministro de medicamentos y alimentos, o que habiéndose ejecutado no se han liquidado. Es decir, por haber suscrito uno estos contratos con anterioridad a la interventoría este contratista no puede suscribir contratos de interventoría con la misma entidad, sin que sea necesaria la existencia de relación entre la interventoría y los demás contratos previstos en esta norma.

Por otro lado, esta prohibición no puede extenderse a otros contratos que no están previstos en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, ni a los contratos de obra, de concesión, de suministro de medicamentos y de alimentos que ya se encuentran terminados, toda vez que, como se mencionó, las inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva.

# Conflicto de intereses

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002 hace referencia al conflicto de interés, señalando que se configura ante la existencia de un interés particular y directo que recae sobre un

servidor público. Por consiguiente, el conflicto de interés no incluye a los contratistas del Estado, sino únicamente a las personas que fungen como servidoras públicas6.

# Prohibiciones de la Ley 842 de 2003

La Ley 842 de 2003 regula el ejercicio de la ingeniería y de las actuaciones, deberes, obligaciones y prohibiciones de sus profesionales, entre las que se encuentran prohibiciones para participar e intervenir en procesos de contratación con entidades públicas.

Entre las prohibiciones para que los profesionales que ejercen la ingeniería celebren contratos con la Administración Pública se encuentra la prevista en el literal k), del artículo 32, según la cual ningún ingeniero podrá suscribir contratos estatales cuando se encuentre inhabilitado7. Esta prohibición tiene una estrecha relación con la inhabilidad del literal a), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que establece que se encuentran inhabilitados para contratar con el Estado “las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”. En este sentido, los profesionales de ingeniería que están inhabilitados no podrán participar en procesos de contratación con el Estado.

De igual forma, el artículo 44 de la mencionada Ley establece que el profesional que haya asesorado a la parte contratante, es decir a la entidad pública, en una licitación o concurso, deberán abstenerse de intervenir en actividades o trabajos que se originaron del proceso de selección que asesoró, salvo que se le permita intervenir en el pliego de condiciones o en los estudios previos del concurso o licitación8.

6 Ley 734 de 2002: “Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos 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.

“Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

7 Ley 842 de 2003: “Artículo 32. Prohibiciones generales a los profesionales. Son prohibiciones generales a los profesionales:

(…)

“k) Participar en licitaciones, concursar o suscribir contratos estatales cuyo objeto esté relacionado con el ejercicio de la ingeniería, estando incurso en alguna de las inhabilidades e incompatibilidades que establece la Constitución y la ley”

8 Ley 842 de 2003: “Artículo 44. De las prohibiciones a los profesionales en los concursos o licitaciones. Son prohibiciones de los profesionales en los concursos o licitaciones:

En relación con esta norma, en la sentencia de la Corte Constitucional C-570 de 2004, del Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, la cual estudia la constitucionalidad de la Ley 842 de 2003, el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, en su intervención, expresó que el literal a, del artículo 44, permite que no existan desventajas entre los participes de los procesos de contratación, que puedan afectar la igualdad y el secreto profesional. Manifiesta que permitir que el profesional que participó asesorando a la entidad elaborando los requisitos que deben cumplir los oferentes, participe en la licitación o concurso correspondiente, es permitir que el ingeniero se favorezca con la reglas y criterios que el mismo desarrolló9.

En relación con lo anterior, esta prohibición solo es aplicable al ingeniero que haya asesorado procesos de licitación o concursos y que posteriormente participe directa o indirectamente en actividades o trabajos que se producen en virtud de estos procesos.

De conformidad con lo anterior, se entiende que el artículo 44 de la Ley 842 de 2003 prohíbe que el ingeniero que haya actuado como asesor de una licitación pueda ser el mismo contratista de esta, o ser parte del equipo de trabajo del contratista que haya sido adjudicatario de la licitación pública.

# Posición del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA en relación con las prohibiciones de la Ley 842 de 2003

El Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA se ha pronunciado respecto de la aplicación del artículo 44 de la Ley 842 de 2003 en los contratos de interventoría, manifestando en el concepto No. 16 de 2007 (30.388), que la interpretación del artículo 44 se debe entender en el sentido literal, razón por la cual esta restricción para contratar con el Estado se origina cuando se cumplen las siguientes condiciones: i) que el objeto del contrato actual, es decir, el que se va a celebrar, sea consecuencia directa de la asesoría dada, y ii) que el objeto del contrato que se va a celebrar sea materialmente idéntico, en todo o en parte, con el objeto de la asesoría, condiciones que no son aplicables al contrato de interventoría, pues, concluye el COPNIA, el contrato de interventoría no tiene ni relacion directa con la asesoría, ni es materialmente idéntico al objeto del contrato de consultoría o

“a) 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”.

9 La Corte Constitucional, respecto a la constitucionalidad de esta norma se declaró inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda, razón por la cual no se pronunció.

mediante el cual se dio la asesoría10. En consecuencia, para el COPNIA, el ingeniero que asesoró a la entidad puede participar en la selección del de la interventoría de las actividades que fueron objeto de la asesoría.

Esta posición fue reiterada en el concepto No. 33 de 2007 (30.556), donde el COPNIA expresa que el objeto del contrato de interventoría no tiene relación directa ni indirecta con la asesoría que haya realizado el ingeniero, pues el contrato de interventoría no deriva como consecuencia directa de la asesoría, ni es materialmente idéntico en todo o en parte con el objeto de la asesoría. Al respecto, el COPNIA expresa:

Atendiendo su petición referida en el asunto, nos permitimos manifestarle que tal como esta entidad lo había establecido en oficio C.P.N. 2012 de 2006, que se adjunta, los ingenieros, profesionales afines o profesionales auxiliares, salvo que se permita en las bases del concurso, están impedidos para actuar en las actividades profesionales que se requieren en la ejecución de un contrato, pero solo si han asesorado directamente a la parte contratante en cualquiera de las etapas previas al procedimiento de selección del contratista, y si además se cumplen las siguientes dos condiciones: a) Que el objeto del contrato actual, es decir, el que se va a celebrar, sea consecuencia directa de la asesoría dada, y b) que el objeto del contrato que se va a celebrar sea materialmente idéntico, en todo o en parte, con el objeto de la asesoría.

En consecuencia, el asesor de la parte contratante en los estudios previos, puede participar en el concurso para seleccionar al interventor de las actividades que fueron objeto de la asesoría, pues es evidente que el objeto del contrato de interventoría, no es consecuencia directa, ni es materialmente idéntico de aquella. La asesoría se prestó, se entiende, para la ejecución de la obra y no para estructurar las bases del concurso de la interventoría.

En este sentido, en el concepto No. 11 de 2016 (45.193), el COPNIA expresó que el artículo 44 de la Ley 842 de 2003 busca impedir que se den favorecimientos para el profesional que participó en los estudios previos obteniendo beneficios con la ejecución del contrato de licitación o concurso como parte contratada11.

10 Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, concepto 30388 del 16 de mayo de 2006: “De conformidad con lo expuesto, sin que así lo tengan que permitir las bases de la licitación o concurso, el asesor de la entidad contratante en los estudios previos, puede participar en la licitación o concurso para seleccionar al interventor de las actividades que fueron objeto de la asesoría, pues es evidente que el objeto del contrato de interventoría, ni es consecuencia directa, ni materialmente idéntico al objeto del contrato para el cual se prestó la asesoría”.

11 Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, concepto No. 45193, del 25 de enero de 2016: “Al respecto, se considera que dicha prohibición no aplica para las circunstancias que describe, en la que la participación del profesional se presenta en la elaboración de estudios previos y posteriormente en la supervisión del contrato, dado que la protección que busca dicha prohibición, hace referencia a la limitación de

En este orden de ideas, para el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, la prohibición del artículo 44 de la Ley 842 de 2003 no es aplicable al ingeniero que se presente para la selección de la interventoría de las actividades que fueron objeto de la asesoría, como es el caso en que el ingeniero haya participado en la elaboración de los estudios y diseños de una licitación o concurso y que participe para ser el interventor de estos contratos, toda vez que el contrato de interventoría no es consecuencia directa con los estudios y diseños y no es idéntico al contrato derivado de estos.

# Respuesta

Es importante aclarar que la presente respuesta no está enfocada a determinar si la persona que participó en la elaboración de estudios y diseños de un proyecto de obra pueda participar directa o indirectamente en la licitación de obra pública, o en la ejecución del contrato de obra, pues la pregunta solo está enfocada a la participación de esta persona en los procesos para escoger la interventoría del contrato.

Por consiguiente, ni en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ni en las normas que rigen el ejercicio de la ingeniería se encuentra alguna prohibición que impida que la persona -natural, jurídica, consorcio o unión temporal- que haya participado en la elaboración de los estudios y diseños de un proyecto pueda celebrar contratos de interventoría. Es decir, el proponente que fue consultor de la entidad para el proyecto que requiere la interventoría, no se encuentra inhabilitado para presentar ofertas en el concurso de méritos que tiene por objeto contratarla.

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

Atentamente,



Proyectó: Sergio Mateo Avila

posibles favorecimientos, plasmados en la etapa de concursos o licitaciones, que permitiría obtener beneficios al profesional durante la ejecución, es decir, para la parte contratada”.