**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad**

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual».

**INHABILIDADES – Clasificación – Sanción – Proceso sancionatorio – Requisito – Condiciones personales**

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia.

[…]

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

**INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades 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*, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían 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 de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

**INHABILIDADES – Interventoría – Ley 1474 de 2011 – Artículo 5 – Artículo 84**

De una parte, 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, prohibición que 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.

No obstante, se descarta que esta inhabilidad sea aplicable al caso en torno al que se indaga, en la medida que esta se origina en un supuesto de hecho distinto, el cual exige la celebración de un contrato de obra pública, concesión, suministro de medicamentos o de alimentos, lo cual inhabilita al contratista para celebrar contratos de interventoría con la misma entidad. Es decir, acorde con lo manifestado por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008314 del 7 de noviembre de 2020, «por haber suscrito uno de 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».

De otro lado, si bien el literal l) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, se refiere a una inhabilidad específicamente referida a los interventores, esta solo se configura cuando se incumple el deber de entregar información a la entidad contratante alusiva al incumplimiento del contrato o a posibles actos de corrupción tipificados como conductas punibles.
La configuración de esta inhabilidad además exige que se desarrolle una actuación administrativa, en el marco de la cual se expida un acto administrativo que declare el acaecimiento de la referida circunstancia, el cual deberá adquirir firmeza para que la inhabilidad comience a surtir sus efectos por el término de cinco (5) años.

La circunstancia relatada en la primera pregunta tampoco encaja dentro del supuesto de hecho de la inhabilidad creada por el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, ni dentro del de ninguna de las otras inhabilidades hasta ahora contempladas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, máxime cuando en virtud el principio *pro libertate* que dirige la interpretación de las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no resulta valido realizar interpretaciones analógicas, extensivas o finalistas de tales disposiciones, al estar regidas por un criterio de legalidad estricta.

**DOCUMENTOS TIPO – Método ponderación – Oferta Económica – Determinación**

Como se observa, la determinación del método para la ponderación de la oferta económica, primero, es aleatoria, tal y como lo dispone el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018; segundo, se hace de acuerdo con las tablas previamente transcritas; y, tercera, depende de los centavos de la tasa representativa del mercado. Por ejemplo, si la tasa de representativa del mercado a tener en cuenta es de 3.947,79, el método que se tiene que aplicar es el número 4, esto es, «menor valor», en el caso de la versión 2 de los Pliegos Tipo, o la «media aritmética baja», para el caso de la versión 1 de los Documentos Tipo, en ambos casos porque los centavos de la tasa tomada como ejemplo, son setenta y nueve, esto es, 0.79 si tal cifra se determina en relación en el peso que es la unidad de referencia: setenta y nueve centavos de peso.

La versión de los Pliegos Tipo para tener en cuenta depende de la fecha de inicio del proceso contractual o, eventualmente, de la publicación del aviso de convocatoria, en los términos del artículo 3 de la Resolución 0045 del 14 de febrero de 2020, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal. En términos generales, si el proceso de contratación inició el o después del 10 de marzo del año en curso o, excepcionalmente, si inició antes, pero para ese momento aún no se había publicado el aviso de convocatoria, las entidades púbicas están obligadas a tener en cuenta y utilizar la versión número dos.

**DOCUMENTOS TIPO – Método ponderación – Oferta Económica – TRM aplicable**

Para saber cuál es la TRM que se debe tener en cuenta al determinar el método para la ponderación de la oferta económica, habida cuenta de la dificultad que se genera por el mercado de valores abre con una TRM del día anterior, pero se cierra con una TRM que, de todos modos, regirá para el día siguiente, es necesario acudir a lo establecido en los Documentos Tipo, para lo que resulta indispensable distinguir si el proceso de contratación estatal se tramita con la versión uno o dos del Sistema Electrónica de Contratación Pública −SECOP−.

[…]

Ahora bien, si la entidad contratante está obligada a llevar el proceso de contratación en la plataforma SECOP II, la TRM que se debe tener en cuenta para la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es la que rija para el día en el que abre el segundo sobre −que contiene la oferta económica−. Pero si la entidad no está obligada a utilizar dicha plataforma y, por ende, el proceso contractual se adelanta haciendo uso del SECOP I, la TRM es la que rija el día hábil siguiente a aquel en el que abre el segundo sobre.

Es del caso precisar que el momento para tener en cuenta es el de la apertura de sobre y no el del inicio de la audiencia efectiva de adjudicación, pues puede pasar, por ejemplo, que dicha audiencia inicie el 1 de mayo de 2020, que ese mismo día se respondan y resuelvan las observaciones presentadas al informe final de evaluación, pero que sea necesario suspender la audiencia y reanudarla al día siguiente porque no se alcanzó a abrir el segundo sobre. En este caso hipotético, aunque la diligencia inició el 1 de mayo de 2020, lo cierto es que el momento que se debe tener en cuenta, para efectos de la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es de la apertura efectiva del segundo sobre, para el caso presentado a título ilustrativo, el 2 de mayo de 2020.

**DOCUMENTOS TIPO – Método ponderación – Oferta Económica – TRM aplicable – Apertura de sobres realizada un sábado**

En el caso de audiencia de adjudicación celebrada un sábado, en un proceso adelantado en SECOP I, la TRM aplicable será la del día hábil siguiente, es decir, la del lunes –siempre que este no sea festivo–. En el mismo supuesto, pero en un proceso adelantado a través de SECOP II, deberá aplicarse la TRM vigente para ese día, la cual de conformidad con la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146 del 25 de mayo de 2018, expedida por el Banco de la República, contentiva del Manual del Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados, será la que rija para día hábil siguiente.

Bogotá D.C., **24/07/2020 Hora 16:14:10s**

**N° Radicado: 2202013000006603**

Señor

**Carlos Iván García Restrepo**

Ciudad

**Concepto C – 386 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad / INHABILIDADES – Clasificación – Sanción – Proceso sancionatorio – Requisito – Condiciones personales / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES – Interventoría – Ley 1474 de 2011 – Artículos 5 y 84 / DOCUMENTOS TIPO – MÉTODO PARA LA PONDERACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA – Determinación / DOCUMENTOS TIPO – MÉTODO PARA LA PONDERACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA – TRM aplicable / DOCUMENTOS TIPO – MÉTODO PARA LA PONDERACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA – TRM aplicable – Apertura de sobres realizada un sábado  |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000005637 |

Estimado señor García,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, 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, responde a su consulta, remitida el 6 de julio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas «1. El contratista de una interventoria (sic) en una entidad publica, (sic) puede presentarse a una licitación publica (sic) para un contrato de obra en la misma entidad publica?(sic) Podría ser el interventor en una obra y a su vez ser el ejecutor de otra obra publica (sic) que se le adjudico (sic) con posterioridad? 2. Los pliego tipo de los procesos de las licitaciones de las obras publicas de infraestructura de transporte (versión 2), reglamentan que la TRM sobre la cual se aplicará la formula será la que aplique el día siguiente a el día que efectivamente se realizan la apertura del sobre No. 2. Ahora bien, hay muchas entidades del orden territorial que trabajan los días sábados, por lo cual mi consulta es: el día viernes se publica la TRM del día hábil siguiente (lunes), si la audiencia de adjudicación comienza el viernes, se suspende, y continua el sábado, día en que se realiza la apertura de los sobres No. 2, la TRM será la del lunes así la entidad estatal conociera la formula desde el viernes, antes de la apertura del sobre No. 2?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente en los conceptos C─ 077 del 18 de marzo de 2020, C ─ 134 del 30 de marzo de 2020, C─ 192 del 15 de abril de 2020, C─274 del 19 de mayo de 2020 y C ─ 414 del 30 de junio de 2020, esta Agencia se refirió a la interventoría y el deber de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. En los conceptos con radicados números 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 septiembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, , C ─ 090 del 24 de febrero de 2020, C ─ 125 del 3 de marzo de 2020, C ─ 085 del 4 de marzo de 2020, C ─ 157 del 16 de marzo de 2020, C ─ 246 del 3 de abril de 2020, C ─ 239 del 16 de abril de 2020, C ─ 273 del 21 de mayo de 2020 y C─ 402 del 26 de junio de 2020 estudió la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, como límite a la capacidad contractual, así como los criterios de interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. De otra parte, en los conceptos C-279 del 18 de mayo de 2020, C─ 349 del 23 de junio de 2020, C─ 382 del 30 de junio de 2020 y C─ 385 del 30 de junio de 2020, se estudió el tema relativo a la TRM aplicable para efectos de determinar el método de ponderación de las ofertas económicas en licitaciones públicas adelantadas con la versión 2 de los Documentos Tipo –Resolución No. 045–. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se exponen y reiteran a continuación.

**2.1. La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales**

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros[[1]](#footnote-1). Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ―en adelante EGCAP― establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el estatuto contractual alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto de este, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. Allí se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual, entre otros, para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[2]](#footnote-2). También se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[3]](#footnote-3) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[4]](#footnote-4).

La jurisprudencia contencioso-administrativa, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato[[5]](#footnote-5).

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con el radicado 4201913000008240, del 20 de diciembre de 2019, esto es, que

(…) el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales.

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibídem* establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». El legislador además definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

En relación con las definiciones de *supervisión* e *interventoría*, doctrinariamente se ha establecido la diferencia entre una y otra, de la siguiente manera:

La supervisión […] es ejercida por la propia entidad contratante cuando no requiere conocimientos técnicos especializados. Por contraste, a la interventoría se le concibe alrededor de la necesidad de tales conocimientos. Esa diferenciación entonces nos permite decir que entre una y otra figuras hay una comunidad de propósito con una diferencia de grado: en la interventoría se acude a un consultor especializado con un grado de conocimiento técnico superior a aquel del que disponga la entidad, a propósito de que se constituya en «sus ojos» en frente de la ejecución del contrato. Es por ello que a la interventoría se le hace consistir de acuerdo con la definición legal, «en el seguimiento técnico» del cumplimiento del contrato, cuando el mismo «suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen». En su propósito de hacer evidente esta diferenciación, el proyecto de ley que condujo al Estatuto Anticorrupción buscaba enmarcar a la interventoría en la función técnica exclusivamente, intención que se vio frustrada cuando a la definición propuesta, y hoy contenida en el citado artículo 83, vino a agregarse una frase final que aclara que la misma podrá extenderse a «otros aspectos del contrato» en adición a aquellos de naturaleza técnica[[6]](#footnote-6).

Quien ejerza la vigilancia de la ejecución del contrato, ya sea mediante la interventoría, puede hacer uso de las facultades previstas en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 para hacer el seguimiento al cumplimiento obligacional del contrato y estará sometido a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de dicha actividad.

Sin perjuicio de lo anterior, según lo expresado por esta entidad[[7]](#footnote-7), de las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011 se infieren las siguientes características, en relación con la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública ―art. 32, numeral 1―; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» ―art. 83, Ley 1474 de 2011―. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría ―art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-8)―, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» ―art. 83, Ley 1474―. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» ―art. 83, inciso 3―. vi) El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad ―art. 83, inciso 4―.

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos de selección establecidos en el EGCAP; en principio, mediante un concurso de méritos.

**2.2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, la interpretación de sus disposiciones y la labor de interventoría**

Comoquiera que se indaga en torno a la posibilidad de que una persona que funge como interventor de un contrato de obra pública, ejecute otro contrato de obra pública adjudicado por con posterioridad por la misma entidad pública, se hace necesario referirnos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, a efectos de confirmar o descartar que tal circunstancia incurra en alguna de estas restricciones a la capacidad para contratar.

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»[[9]](#footnote-9).

Las limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrollan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis la moralidad administrativa. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, quien se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

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

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado[[10]](#footnote-10).

Se puede afirmar que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

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

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado[[11]](#footnote-11).

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

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[12]](#footnote-12).

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[13]](#footnote-13).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-14) establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

Ahora bien, 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. 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.

Las inhabilidades e incompatibilidades 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*[[15]](#footnote-15), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían 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 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»[[16]](#footnote-16). 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»[[17]](#footnote-17). 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[[18]](#footnote-18).

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.); […][[19]](#footnote-19).

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

 Ahora bien, revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se advierte que la circunstancia relativa a ser el interventor de un contrato de obra pública ejecutado a ordenes de determinada entidad, esté tipificada como una causal de inhabilidad o incompatibilidad que impida al interventor ser ejecutor de un contrato de obra pública adjudicado por la misma entidad contratante.

De una parte, 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, prohibición que 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[[20]](#footnote-20).

No obstante, se descarta que esta inhabilidad sea aplicable al caso en torno al que se indaga, en la medida que esta se origina en un supuesto de hecho distinto, el cual exige la celebración de un contrato de obra pública, concesión, suministro de medicamentos o de alimentos, lo cual inhabilita al contratista para celebrar contratos de interventoría con la misma entidad. Es decir, acorde con lo manifestado por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008314 del 7 de noviembre de 2020, «por haber suscrito uno de 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».

En ese orden, el supuesto de hecho establecido en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, podría considerarse inverso a la situación cuestionada, en la que se pregunta por la posibilidad de quien actúa como interventor –contrato no contemplado en el puesto de hecho de la norma–, ejecute un contrato de obra pública adjudicado por la misma entidad, razón por la que, en virtud de la interpretación restrictiva que procede respecto de la normas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no resulta viable aplicar la consecuencia jurídica de la referida norma al evento señalado por el peticionario.

 De otro lado, si bien el literal l) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, se refiere a una inhabilidad específicamente referida a los interventores, esta solo se configura cuando se incumple el deber de entregar información a la entidad contratante alusiva al incumplimiento del contrato o a posibles actos de corrupción tipificados como conductas punibles.
La configuración de esta inhabilidad además exige que se desarrolle una actuación administrativa, en el marco de la cual se expida un acto administrativo que declare el acaecimiento de la referida circunstancia, el cual deberá adquirir firmeza para que la inhabilidad comience a surtir sus efectos por el término de cinco (5) años.

 La circunstancia relatada en la primera pregunta tampoco encaja dentro del supuesto de hecho de la inhabilidad creada por el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, ni dentro del de ninguna de las otras inhabilidades hasta ahora contempladas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, máxime cuando en virtud el principio *pro libertate* que dirige la interpretación de las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no resulta valido realizar interpretaciones analógicas, extensivas o finalistas de tales disposiciones, al estar regidas por un criterio de legalidad estricta.

 No obstante, a pesar de que el solo hecho de ser interventor de un contrato no constituya una inhabilidad para ser contratista de obra pública ante la misma entidad respecto de la que se funge como interventor, ello no descarta la posibilidad de que en virtud de alguna otra circunstancia se incurra en la inhabilidad recién analizada o alguna. Así ocurriría, por ejemplo, en caso de que en contra del referido interventor pesara una declaratoria de incumplimiento dispuesta por un acto administrativo ejecutoriado, impuesta tras haberse comprobado el incumplimiento del interventor del deber de suministrar información a la entidad contratante sobre actos de corrupción presentados en el marco de la labor de interventoría; tal declaratoria dentro de los cinco (5) años siguientes a su firmeza, inhabilitaría al interventor para ser contratista de obra pública en los términos del literal l) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. En caso de que se presente el supuesto de hecho de la referida inhabilidad respecto del contrato de interventoría, una vez se ha adjudicado al interventor un contrato de obra pública, esto es, de manera sobreviniente, este no podrá ser ejecutado por él ya que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 le corresponde ceder el contrato[[21]](#footnote-21).

 En todo caso, se descarta que el hecho de ser interventor de un contrato de obra pública, constituya por si solo una inhabilidad o incompatibilidad que impida al interventor celebrar luego un contrato de obra pública ante la misma entidad respecto de quien se realiza la interventoría.

**2.3. Ponderación de la oferta económica en procedimientos contractuales regidos por los Documentos Tipo**

El Documento Base de los Pliegos Tipo establece la forma como se debe elegir el método para la ponderación de la oferta económica. En efecto, el numeral 4.1.4. establece:

Para determinar el método de ponderación, la Entidad tomará los centavos de la Tasa de Cambio Representativa del Mercado (TRM), certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia (en su sitio web: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60819>).

[…]

El método de ponderación se determinará de acuerdo con los rangos del siguiente cuadro:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Rango (inclusive)** | **Número** | **Método** |
| De 0.00 a 0.24 | 1 | Mediana con valor absoluto |
| De 0.25 a 0.49 | 2 | Media geométrica |
| De 0.50 a 0.74 | 3 | Media aritmética baja |
| De 0.75 a 0.99 | 4 | Menor valor |

En todos los casos se tendrá en cuenta hasta el séptimo (7°) decimal del valor obtenido como puntaje y las fórmulas se aplicarán con las propuestas que no han sido rechazadas y se encuentran válidas.

Como se observa, la determinación del método para la ponderación de la oferta económica, primero, es aleatoria, tal y como lo dispone el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018; segundo, se hace de acuerdo con la tabla previamente transcrita; y, tercera, depende de los centavos de la tasa representativa del mercado. Por ejemplo, si la tasa de representativa del mercado a tener en cuenta es de 3.947,79, el método que se tiene que aplicar es el número 4, esto es, «menor valor», en el caso de la versión 2 de los Pliegos Tipo, porque los centavos de la tasa tomada como ejemplo, son setenta y nueve, esto es, 0.79 si tal cifra se determina en relación en el peso que es la unidad de referencia: setenta y nueve centavos de peso.

Nótese que los Documentos Tipo hacen referencia a la tasa de cambio representativa del mercado −TRM[[22]](#footnote-22)−, establecida diariamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, según lo que establece el artículo 40 de la Resolución Externa No. 1 de 2018 y la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146, ambas expedidas por el Banco de la República.

Para saber cuál es la TRM que se debe tener en cuenta al determinar el método para la ponderación de la oferta económica, habida cuenta de la dificultad que se genera por el mercado de valores abre con una TRM del día anterior, pero se cierra con una TRM que, de todos modos, regirá para el día siguiente, es necesario acudir a lo establecido en los Documentos Tipo, para lo que resulta indispensable distinguir si el proceso de contratación estatal se tramita con la versión uno o dos del Sistema Electrónica de Contratación Pública −SECOP−.

Sea lo primero advertir que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, que dispone: «A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll. La medida aplica para los procesos de contratación que se inicien a partir del 1 de enero de 2020.

Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019, a través de la cual se amplió «la entrada en vigencia de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020».

Con todo, de acuerdo con lo que se dispuso en la Circular Externa No. 3 de 2020, existen dos grupos de entidades que se excluyeron de dicho plazo. Por un lado, la Gobernación del Chocó, la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Alcaldía de Quibdó, la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Popayán y, por el otro, la Gobernación de Guainía, la Alcaldía de Inírida, la Gobernación del Amazonas, la Alcaldía de Leticia, la Gobernación del Vichada, la Alcaldía de Puerto Carreño, la Gobernación del Guaviare, la Alcaldía de San José del Guaviare, la Gobernación de Vaupés y la Alcaldía de Mitú. Los primeros, porque a la fecha de expedición de la Circular Externa No. 3 no alcanzaron a capacitarse en el uso de la plataforma SECOP II, por lo que se prorrogó el plazo para que se capacitaran en dos meses, correspondiéndoles gestionar sus procesos en SECOP II a partir del 1 de junio de 2020. Los segundos tienen en común un contexto de conectividad en el que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, problemas de capacidad técnica de las redes, razón por la que se le permitió seguir gestionando sus procesos en medio físico, pero cumpliendo con el deber de publicidad a través de SECOP I.

Los primeros, porque no alcanzaron a ser capacitados en el uso de la plataforma SECOP II, habida cuenta que los programas de formación a cargo de esta entidad se suspendieron por la emergencia en salud pública ocasionada por el Coronavirus - COVID 19. Los segundos, debido a que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, por problemas de capacidad técnica de las redes.

Ahora bien, si la entidad contratante está obligada a llevar el proceso de contratación en la plataforma SECOP II, la TRM que se debe tener en cuenta para la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es la que rija para el día en el que abre el segundo sobre −que contiene la oferta económica−. Pero si la entidad no está obligada a utilizar dicha plataforma y, por ende, el proceso contractual se adelanta haciendo uso del SECOP I, la TRM es la que rija el día hábil siguiente a aquel en el que abre el segundo sobre. En efecto, en el numeral 4.1.4. del Documento Base se observa lo siguiente:

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP I deberá incluirse lo siguiente:]

[…]

La TRM que la Entidad utilizará para determinar el método de ponderación será la que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre. Esto es, la que la Superintendencia Financiera publique en horas de la tarde el día de la apertura del segundo sobre. [Por ejemplo, si la Audiencia de Adjudicación se realiza el 10 de febrero de 2020 y ese mismo día se abre el segundo sobre, la TRM que se usará para determinar el método de evaluación será la del 11 de febrero de 2020, que se publica en la tarde del 10 de febrero de 2020.]

De esta manera una audiencia iniciada antes que se publique la TRM que rige al día hábil siguiente, podrá desarrollarse totalmente si ese mismo día se abre el sobre económico usando la TRM que publica la Superintendencia Financiera que rija al día hábil siguiente.

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP II deberá incluirse lo siguiente:]

[…]

La TRM que la Entidad utilizará para determinar el método de ponderación será la que rija el día en que efectivamente realice la apertura del segundo sobre. Esto es, la que la Superintendencia Financiera publique en horas de la tarde el día anterior a la apertura del segundo sobre. [Por ejemplo, si la Audiencia de Adjudicación se realiza el 10 de febrero y ese mismo día se abre el segundo sobre, la TRM que se usará para determinar el método de evaluación será la que rige el 10 de febrero, que se publica en la tarde del 9 de febrero]

Es del caso precisar que el momento para tener en cuenta es el de la apertura de sobre y no el del inicio de la *audiencia efectiva de adjudicación*, pues puede pasar, por ejemplo, que dicha audiencia inicie el 1 de mayo de 2020, que ese mismo día se respondan y resuelvan las observaciones presentadas al informe final de evaluación, pero que sea necesario suspender la audiencia y reanudarla al día siguiente porque no se alcanzó a abrir el segundo sobre. En este caso hipotético, aunque la diligencia inició el 1 de mayo de 2020, lo cierto es que el momento que se debe tener en cuenta, para efectos de la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es de la apertura efectiva del segundo sobre, para el caso presentado a título ilustrativo, el 2 de mayo de 2020. Tal circunstancia se reconoce expresamente en el Documento Base, en estos términos:

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP I deberá incluirse lo siguiente:]

El día de la audiencia efectiva de adjudicación la Entidad iniciará respondiendo y resolviendo las observaciones presentadas al informe de evaluación. Acto seguido, la Entidad abrirá los sobres de las ofertas económicas y definirá el método de ponderación de las propuestas de acuerdo con la TRM que rija al día hábil siguiente.

En el evento que la Entidad no agote la actividad prevista en la primera parte del párrafo anterior y deba suspender la audiencia, se tendrá como método de ponderación el que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre.

[…]

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP II deberá incluirse lo siguiente:]

El día de la audiencia efectiva de adjudicación la Entidad iniciará respondiendo y resolviendo las observaciones presentadas al informe de evaluación. Acto seguido, la Entidad abrirá los sobres de las ofertas económicas y definirá el método de ponderación de las propuestas de acuerdo con la TRM que rija ese mismo día.

En el evento que la Entidad no agote la actividad prevista en la primera parte del párrafo anterior y deba suspender la audiencia, se tendrá como método de ponderación el que rija el día en que efectivamente realice la apertura del segundo sobre. […]

Es del caso precisar que, de todos modos, la apertura del segundo sobre y la definición del método de ponderación de las ofertas económicas, se tienen que hacer en un mismo día.

 De acuerdo a lo dicho en los párrafos precedentes, en un caso hipotético en el que el segundo sobre se abrió el 1 de febrero de 2020, la TRM será la del 1 de febrero de 2020, si el proceso contractual se tramita por la plataforma SECOP II; pero si el proceso se tramita por el SECOP I, la TRM será la del 2 de febrero de 2020 −o la del día hábil siguiente si este día no lo es−, la cual se conoce desde el día anterior. En relación con esta última hipótesis, consideramos indispensable aclarar que la «[…] audiencia iniciada antes que se publique la TRM que rige al día hábil siguiente, podrá desarrollarse totalmente [únicamente] si ese mismo día se abre el sobre económico usando la TRM que publica la Superintendencia Financiera que rija al día hábil siguiente». En este sentido, tratándose de SECOP I, si la apertura del segundo sobre se realiza en las horas de la mañana la entidad debe esperar a que se expida la TRM que rige al día siguiente para determinar el factor de ponderación aplicable al proceso de contratación.

Con lo anterior, se puede concluir que el método aleatorio para seleccionar la fórmula de ponderación de la oferta económica desestimula los actos de corrupción, puesto que no es posible manipular la TRM para conocer con anticipación la fórmula aplicable y poder adjudicar al proponente que la entidad desee, ya que es certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Con relación a los métodos de ponderación aplicables al procedimiento de contratación, en cuanto a la apertura de los sobres No. 2, el Documento Base señala que «la Entidad debe agotar la apertura de los sobres económicos y la definición del método de ponderación en un mismo día. Igualmente, el método definido el día de la apertura del sobre económico seguirá rigiendo aun cuando la Entidad deba suspender la audiencia».

Ahora, se refiere usted en su consulta a la aplicación de las anteriores reglas en el caso de una audiencia de adjudicación celebrada un sábado, día hábil para muchas entidades estatales, aunque no para la mayoría de estas. Tratándose de un proceso de selección adelantado en SECOP I, la aplicación de la correspondiente regla no presenta mayor problema, en la medida en que TRM aplicable será la del día hábil siguiente, es decir el lunes, la cual se conoce desde la tarde del viernes.

De otra parte, en un proceso adelantado mediante la plataforma SECOP II, la TRM aplicable debe ser la que rige para el mismo día en que se realiza la apertura de los sobres No. 2, asunto que, al tratarse de una audiencia celebrada un sábado, plantea en principio un vacío normativo comoquiera que para dicho día la Superintendencia Financiera no certifica una TRM al no ser considerado un día hábil para la generalidad de las entidades, ni llevarse a cabo un alto volumen de operaciones financieras.

No obstante, tal vacío es susceptible de ser completado con las disposiciones de la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146 del 25 de mayo de 2018, expedida por el Banco de la República, contentiva del Manual del Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados, específicamente en su asunto 8, relativo a la Metodología de Cálculo de la Tasa de Cambio Representativa del Mercado, en donde se establece que «Para los días sábado, domingo, festivos y aquellos en los que el Banco de la República no preste los servicios del CUD, aplicará la TRM vigente en el día hábil inmediatamente siguiente»[[23]](#footnote-23).

Esta última disposición permite concluir respecto al caso de una audiencia de adjudicación celebrada un sábado, en una licitación cursada en SECOP II, que la TRM aplicable conforme lo dispuesto en el Documento Base, será la que rige para el día en que se abren los sobres, la cual, conforme a la disposición supletiva de la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146 del 25 de mayo de 2018, será la del día hábil siguiente, es decir la del lunes –siempre que este no sea festivo–, publicada en la tarde del viernes.

Finalmente, se aclara que, a pesar que, al momento de abrir la oferta económica, la entidad y los proponentes conocieran la TRM aplicable, esto no afecta la determinación de la TRM que definirá el método de ponderación de las ofertas económicas y no necesario considerar otra. Así, de acuerdo con lo señalado en el Documento Base de los Documentos Tipo, se deberá aplicar la TRM del día hábil siguiente, a pesar que fuese conocida por los proponentes y la entidad antes de la efectiva apertura de los sobres.

1. **Respuestas**

«1. El contratista de una interventoria (sic) en una entidad publica, (sic) puede presentarse a una licitación publica (sic) para un contrato de obra en la misma entidad publica?(sic) Podría ser el interventor en una obra y a su vez ser el ejecutor de otra obra publica (sic) que se le adjudico (sic) con posterioridad?»

El hecho de que una persona actúe como interventor de contrato de obra pública adjudicado por determinada entidad estatal, por si solo no constituye causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad que impida al referido interventor ejecutar otro contrato de obra pública adjudicado por la misma entidad, comoquiera que no encaja dentro de los supuestos de hecho contemplados en las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en el ordenamiento jurídico, por lo que en principio no habría inconveniente para ejecutar el segundo contrato.

 No obstante, no se descarta la posibilidad de que en virtud de alguna circunstancia presentada en el marco de la ejecución del contrato de interventoría se puedan presentar circunstancias que si tipifiquen como causales de inhabilidad, como por ejemplo, el hecho de no haber reportado actos de corrupción a la entidad contratante –literal l del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011–, circunstancia que una vez ejecutoriado el acto administrativo que la declara, inhabilitará al interventor para participar en procesos de contratación o ejecutar contratos estatales.

«2. Los pliego tipo de los procesos de las licitaciones de las obras publicas de infraestructura de transporte (versión 2), reglamentan que la TRM sobre la cual se aplicará la formula será la que aplique el día siguiente a el día que efectivamente se realizan la apertura del sobre No. 2. Ahora bien, hay muchas entidades del orden territorial que trabajan los días sábados, por lo cual mi consulta es: el día viernes se publica la TRM del día hábil siguiente (lunes), si la audiencia de adjudicación comienza el viernes, se suspende, y continua el sábado, día en que se realiza la apertura de los sobres No. 2, la TRM será la del lunes así la entidad estatal conociera la formula desde el viernes, antes de la apertura del sobre No. 2?».

Si la entidad contratante está obligada a llevar el proceso de contratación en la plataforma SECOP II, la TRM que se debe tener en cuenta para la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es la que rija para el día en el que abre el segundo sobre −que contiene la oferta económica−. Pero si la entidad no está obligada a utilizar dicha plataforma y, por ende, el proceso contractual se adelanta haciendo uso del SECOP I, la TRM es la que rija el día hábil siguiente a aquel en el que se abre el segundo sobre.

 Es del caso precisar que el momento para tener en cuenta es el de la apertura de sobre y no el del inicio de la audiencia efectiva de adjudicación, pues puede pasar, por ejemplo, que dicha audiencia inicie el 1 de mayo de 2020, que ese mismo día se respondan y resuelvan las observaciones presentadas al informe final de evaluación, pero que sea necesario suspender la audiencia y reanudarla al día siguiente porque no se alcanzó a abrir el segundo sobre. En este caso hipotético, aunque la diligencia inició el 1 de mayo de 2020, lo cierto es que el momento que se debe tener en cuenta, para efectos de la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es de la apertura efectiva del segundo sobre, para el caso presentado a título ilustrativo, el 2 de mayo de 2020.

En consecuencia, tratándose de procesos que se realicen a través del SECOP I, si la entidad comienza la apertura de ofertas antes de que se publique la TRM y cuando esta se conoce la entidad no ha finalizado el procedimiento, esa será la TRM que seguirá rigiendo la escogencia del método de ponderación de la oferta económica, a pesar de que la TRM se conozca sin haber terminado la apertura de ofertas, por expresa disposición de los Documentos Tipo que rigen el procedimiento, ya que esto no afecta la definición del método de ponderación, porque la entidad debe continuar la apertura de ofertas y finalizarla el mismo día, sin que ello implique cambiar la TRM aplicable. Por su parte, si la apertura de sobres inicia una vez conocida la TRM del día hábil siguiente, la entidad deberá aplicar dicha TRM.

De esta forma, una vez iniciada la apertura del primer sobre económico, la entidad deberá definir el método de escogencia con la TRM del día hábil siguiente, sin que para el efecto sea necesario que los oferentes conozcan todos los valores ofertados, pues la apertura de sobres y por tanto el conocimiento de los valores ofertados no modifica la TRM aplicable. Así pues, el día en que se realiza la apertura de los sobres económicos es lo relevante para determinar la TRM aplicable.

En el caso de audiencia de adjudicación celebrada un sábado, en un proceso adelantado en SECOP I, la TRM aplicable será la del día hábil siguiente, es decir, la del lunes –siempre que este no sea festivo–. En el mismo supuesto, pero en un proceso adelantado a través de SECOP II, deberá aplicarse la TRM vigente para ese día, la cual de conformidad con la Circular Reglamentaria Externa- DODM-146 del 25 de mayo de 2018, expedida por el Banco de la República, contentiva del Manual del Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados, será la que rija para día hábil siguiente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802. [↑](#footnote-ref-5)
6. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª Ed. Legis, 2014. Bogotá. p. 256. [↑](#footnote-ref-6)
7. Radicado # 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría[…]» [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 80 de 1993: «Artículo 8: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

  »a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

  »b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

  »c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

  »d) 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.

  »e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

  »f) Los servidores públicos.

  »g) 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 o concurso.

»h) 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 o concurso.

  »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.

  »Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

  »j) 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 contempladas 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.

 »Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, represen­tantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con ex­cepción de las sociedades anónimas abiertas. También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la perso­nería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, ad­ministradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.  La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma perma­nente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

[…]

»2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

   »a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

   »b) 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.

   »c) 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.

   »d) 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.

 »e) 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.

»f) 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. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público». [↑](#footnote-ref-14)
15. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico De La Contratación Estatal. Recuperado de https://xperta.legis.co, Capítulo VI Inhabilidades e Incompatibilidades, Sección 2 Interpretación Restrictiva. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ley 1474 de 2011 «Artículo 5°. 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 2° 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». [↑](#footnote-ref-20)
21. «Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevi­nientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la en­tidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

»Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un propo­nente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

»Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miem­bros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

»Parágrafo 1º. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contem­plada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrup­ción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto adminis­trativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

»Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

»Parágrafo 2º. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». [↑](#footnote-ref-21)
22. Es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los Intermediarios del Mercado Cambiario entre las 7:30 a.m. y la 1 :00 p.m. [↑](#footnote-ref-22)
23. BANCO DE LA REPÚBLICA. Circular Reglamentaria Externa- DODM-146 del 25 de mayo de 2018. Manual del Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/dodm146-25052018.pdf> [↑](#footnote-ref-23)