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

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

[…]

Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención**

En la aplicación del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, sobresale la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

**CONFLICTOS DE INTERÉS – Régimen – Objetivo**

[…] el régimen de los conflictos de interés tiene como objetivo la prevalencia del bien común sobre el particular, razón por la cual se configuran cuando los servidores públicos actúan influenciados por consideraciones personales que colisionan con el deber de preservar su independencia e imparcialidad. En este sentido, se definen como la ocurrencia de intereses antagónicos que afectan la transparencia de las decisiones, al implicar –en detrimento del interés general– el aprovechamiento personal, familiar o particular.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Interfaz de usuario gráfica, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Señora

**Jenny Paola López Abella**

Ciudad

**Concepto C-294 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 1, literal L) –Interventor – Omisión de información / CONFLICTOS DE INTERÉS – Régimen – Objetivo / CONFLICTOS DE INTERÉS – Tipicidad |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20240705006834 |

Estimada señora López:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 5 de julio de 2024, remitida por la Contraloría General de la República con oficio remisorio No. 2024EE0120912, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“¿En el marco de un contrato estatal, es posible que la empresa que funge como contratista, contrate para un negocio privado distinto, a la empresa que ejerce la interventoría en el contrato estatal? O podría configurarse una inhabilidad o conflicto de interés?”* [SIC]*.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Se configura alguna inhabilidad o conflicto de interés cuando el contratista del Estado celebra un negocio jurídico particular con quien es su interventor?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| De acuerdo con el criterio de interpretación restrictiva aplicable a las causales de inhabilidad e incompatibilidad, no se advierte que la hipótesis materia de consulta configure alguna de las causales previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Esto comoquiera que, el hecho de que el interventor celebre un contrato privado con el particular que ejecuta el contrato objeto de vigilancia no se subsume en ninguno de los supuestos de hecho establecidos en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.  Sin embargo, relaciones contractuales particulares entre el interventor y el contratista objeto de vigilancia, bien podrían ser consideradas como actividades incompatibles con la interventoría, susceptibles de ser consideradas como causal de conflicto de interés, cuando se considere que ponen en riesgo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas. No obstante, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales sentados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que la hipótesis objeto de consulta configure un conflicto de interés se requiere que dicha circunstancia haya sido tipificada como conflicto de interés dentro del pliego de condiciones o en la minuta del contrato.  Con todo, la Entidad Estatal podría aplicar lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, en caso de que se constate que la relación contractual privada entre interventor y el sujeto vigilado, dio pie a que el primero ocultara a la Entidad Estatal información relativa al cumplimiento del contrato o la ocurrencia de actos de corrupción, habiéndose ello verificado en el marco de una actuación administrativa, configurándose así la inhabilidad del literal l) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de 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. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o “neopunitivo”[[1]](#footnote-2). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche, ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva[[2]](#footnote-3)*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, “[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”[[3]](#footnote-4). Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido 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”[[4]](#footnote-5). 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”[[5]](#footnote-6).

En el mismo sentido ha expuesto 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.); […]”[[6]](#footnote-7).

De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[7]](#footnote-8) citada a su vez por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma*, “[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante”*12; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al 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)”[[9]](#footnote-10).

En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio de funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.

Con relación al objeto de la consulta es preciso explicar que, una vez estudiada la hipótesis puesta de presente, no se advierte que la misma configure alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Esto en la medida en que, de acuerdo con el criterio de interpretación restrictiva aquí explicado, el hecho de que el interventor celebre un contrato con el particular–contratista– que ejecuta el contrato objeto de vigilancia no se subsume en ninguno de los supuestos de hecho establecidos en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En principio, se descarta la configuración de la inhabilidad prevista en el literal l) del numeral 1 del artículo 8, ya que si bien la misma está dirigida a los interventores, esta solo se tipifica cuando el interventor incumple el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato[[10]](#footnote-11). En ese sentido, el hecho de que el interventor celebre un contrato con el contratista *per se* no configura esta inhabilidad, en la medida en que la aplicación de esta restricción a la capacidad jurídica depende de la Entidad Estatal verifique que el interventor faltó a su obligación legal como interventor ocultando información sobre el cumplimento del contrato o actos de corrupción, a través de una actuación administrativa, de acuerdo con el inciso segundo del literal l) del artículo 8, numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de lo anterior, si es posible que situaciones como la descrita sean consideradas como conflictos de interés. Sobre el régimen de los conflictos de interés en la contratación estatal se ha pronunciado esta Agencia en distintas ocasiones, en los términos que en seguida se explican[[11]](#footnote-12). De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, la función administrativa debe desarrollarse conforme al principio de moralidad, mandato que se concreta en la idea de que *“[…] todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas […]”* –numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011–. En desarrollo de esta directriz, el régimen de los *conflictos de interés* tiene como objetivo la prevalencia del bien común sobre el particular, razón por la cual se configuran cuando los servidores públicos actúan influenciados por consideraciones personales que colisionan con el deber de preservar su independencia e imparcialidad. En este sentido, se definen como la ocurrencia de intereses antagónicos que afectan la transparencia de las decisiones, al implicar –en detrimento del interés general– el aprovechamiento personal, familiar o particular[[12]](#footnote-13).

La institución jurídica de los conflictos de interés no está definida con carácter general en el ordenamiento jurídico y tampoco de forma precisa en las normas que regulan la contratación estatal, por lo que es un asunto ausente en el EGCAP. Sin embargo, existen disposiciones especiales como el régimen de los congresistas, de los concejales o el régimen disciplinario de los servidores públicos, donde se define causales de conflictos de interés. En todo caso, la satisfacción del principio de moralidad y el deber de probidad también se exige a los contratistas.

Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que la actividad contractual del Estado se dirige tanto al cumplimiento de los fines estatales como a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, precisando que *“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.* De ahí que, el numeral 2 del artículo 5 del EGCAP dispone que estos obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, el EGCAP no establece una noción o causales particulares de conflictos de interés aplicables a los proponentes o contratistas del Estado. En efecto, además de las disposiciones brevemente enunciadas en el párrafo precedente, la Ley 1437 de 2011 establece un régimen de “conflictos de interés y causales de impedimento y recusación” –artículos 11 y 12–, que si bien aplican en los procedimientos administrativos, en general, incluyendo los de selección de contratistas del Estado, están dirigidos a los servidores públicos que adelantan estas actuaciones en desarrollo de la actividad contractual de la entidad estatal de la cual hacen parte. Por lo anterior, sus destinatarios no son los proponentes o contratistas particulares que participan en el procedimiento de selección o celebran el contrato con la entidad estatal, sino los servidores mencionados. En este sentido, en caso de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo o de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA–, corresponde aplicar el trámite establecido en el artículo 12 de la misma ley.

Sobre este tema la doctrina[[13]](#footnote-14) y de forma particular la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[14]](#footnote-15), han reconocido la posibilidad que tienen las entidades estatales de establecer conflictos de interés en sus pliegos de condiciones, diferenciando dichas causales y su regulación de las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas complementarias. En tal sentido, se han establecido algunos requisitos y exigencias que deben cumplir dichas causales de conflicto de interés y sus consecuencias en los procedimientos de selección de contratistas o para la celebración de contratos, precisándose sus consecuencias.

El fundamento axiológico para la existencia de los conflictos de interés se encuentra en la garantía del interés público, que podría comprometerse en los supuestos en que determinado contratista pudiera actuar movido por intereses personales, que le impedirían actuar con imparcialidad y probidad en la ejecución de determinado contrato estatal. De esta manera, si bien el legislador establece las casuales de inhabilidad e incompatibilidad de forma general para celebrar contratos con cualquier entidad estatal o con alguna entidad estatal en particular, los conflictos de interés suelen establecerse frente a sujetos en particular que en razón a la ejecución de una actividad anterior podrían tener una posición privilegiada en determinado procedimiento de selección. A modo de ejemplo se pueden enunciar las siguientes situaciones: i) por participar en la estructuración del mismo procedimiento de selección o proyecto que se va a ejecutar, de manera que se impida su participación para garantizar el principio de igualdad; ii) cuando la ejecución de un contrato posterior pueda incidir eventualmente frente a la responsabilidad de un contrato ejecutado previamente; o iii) cuando entre ambos negocios jurídicos exista alguna relación que conduzca a esta consecuencia. De otro lado, los conflictos de interés se establecen con la finalidad de evitar alguna relación particular que tengan dos contratistas, quienes estarían vinculados por intereses comunes que podrían dar lugar a algún favorecimiento, en detrimento de la adecuada ejecución del contrato. Si bien los fundamentos anteriores no son exhaustivos ni taxativos, constituyen ejemplos que podrían servir de fundamento para la inclusión de algún conflicto de interés en un pliego de condiciones.

Ahora bien, con los fundamentos anteriores no se pretende justificar la inclusión de cualquier conflicto de interés en un pliego de condiciones, máxime cuando su utilización debe ser excepcional, y su legalidad, en todo caso, corresponde decidirla al juez del contrato. Con lo anterior, simplemente se pretenden señalar algunas de las razones que dan lugar a su inclusión y su vinculación con principios como la igualdad, la imparcialidad y la prevalencia del interés general sobre el particular. Por ello, la doctrina ha precisado algunos fundamentos concretos que dan lugar a la inclusión de estas causales de conflicto de interés:

“[…] en el plano de los procesos de selección, esta figura busca garantizar la objetividad y el principio de igualdad mediante la prohibición para participar y concursar respecto de personas que por alguna razón conocieron con antelación elementos esenciales del proceso o del contrato que les otorgan una ventaja en el concurso respecto de los demás y con ello la ruptura del principio inmaculado de la igualdad.

[…] el aserto antedicho se predica en relación con la mayoría de los contratos y en donde no (sic) existe nexo entre dos o más negocios jurídicos. Ello traduce que cuando se presenta un claro vínculo entre dos contratos, si se quiere relacionados íntimamente y donde el uno depende en gran medida de los realizado por uno anterior, resulta comprensible estatuir que no puede haber ningún tipo de vínculo entre los dos contratistas o que no pueda participar en el segundo, el contratista del primero en cuanto generador de información fundamental para el segundo”[[15]](#footnote-16).

Como se esbozó con anterioridad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado claramente ha admitido la inclusión de causales de conflicto de interés en los pliegos de condiciones o en los contratos de las entidades estatales, siempre y cuando estas satisfagan, entre otros requisitos, los criterios de *tipicidad* y *objetividad.* En efecto, en el concepto 1.767 del 10 de agosto de 2006, con fundamento en la estipulación de una causal de conflicto de interés en un contrato, se respondió una consulta confirmando que en el caso puesto a consideración de la Sala efectivamente se presentaba un conflicto de interés por lo que *“[…] el Consultor en quien se presenta, debió separarse inmediatamente del procedimiento de licitación”*. En dicho Concepto se señaló, en relación con los conflictos de interés, lo siguiente, teniendo en cuenta la causal incluida en el contrato relacionado con la consulta realizada al Consejo de Estado:

“La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva, pues el comportamiento de conducta que da origen al conflicto, se presenta abstracción hecha de cualquier significado axiológico de la misma.

El postulado ético ínsito en las cláusulas sobre conflictos lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación.

Así las cosas, para la Sala es claro que el consultor o cualquiera de los miembros que integran la Unión Temporal, se encuentra incurso en conflicto de intereses, cuando, independientemente de la intencionalidad y de los resultados, desarrolla una actividad incompatible con alguna de aquellas que contractualmente le han sido asignadas, como por ejemplo, participar en el análisis, discusión o evaluación de la oferta de un proponente cuyo asesor posee relaciones comerciales o profesionales con el consultor.

Concretamente, lo que el contrato prohíbe en el presente caso, es que el consultor ejerza sus funciones dentro del proceso licitatorio cuando una persona con quien él tiene relaciones comerciales o profesionales vigentes es la asesora jurídica de uno de los proponentes. Es incompatible que el consultor atienda su relación comercial o profesional con esa persona y simultáneamente estudie, conceptúe o recomiende decisiones a la administración dentro de un proceso licitatorio en el cual esa persona presta asesoría legal a uno de los proponentes. Para el contrato, la situación descrita genera necesariamente un conflicto de intereses que se materializa en el momento en el que se conozca de la existencia de la incompatibilidad”.[[16]](#footnote-17)

Retomando la línea del concepto anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 23 de marzo de 2011, admitiendo la posibilidad de establecer conflictos de interés en los pliegos de condiciones, señaló que en su inclusión se deben cumplir con los requisitos de tipicidad y objetividad. Por la relevancia de las consideraciones de dicho concepto, estas se transcriben *in extenso:*

“Para efectos del concepto que ahora se rinde, la Sala resalta dos elementos contenidos en el texto transcrito, a saber: *la «tipicidad» y la «objetividad»,* que deben predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, para preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista, como se explica a continuación.

La «identificación de actividades incompatibles» con las obligaciones del contratista, significa jurídicamente, *«tipificarlas», esto es, definirlas de manera concreta para derivar de ellas una consecuencia que, en el caso en estudio, tiene una naturaleza restrictiva, prohibitiva o sancionatoria*.

La «evaluación estrictamente objetiva» que debe garantizarse con las causales que se definan en un proceso contractual dado, exige, por supuesto, la «objetividad» en la determinación de las causales que se adopten.

En términos gramaticales, el vocablo «objetivo» tiene, entre sus acepciones, las de «perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir» y «que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce». En tanto que la palabra «subjetivo» se define como «perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo» y «perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo.»

Siguiendo el significado gramatical de los citados términos y la exigencia legal de la objetividad en la selección de contratistas, las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que *los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate. A lo cual ha de agregarse que esas cualidades de la regla permitirán que, desde el inicio del proceso contractual, los interesados estén en condiciones de decidir libremente su participación.*

Aplicando los anteriores criterios a la regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto *que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen”.[[17]](#footnote-18)* (Cursiva fuera del original).

De conformidad con los anteriores pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, es posible extraer las siguientes conclusiones en relación con la regulación de los conflictos de intereses en la contratación estatal: i) es posible que los pliegos de condiciones establezcan, si bien de forma restrictiva, conflictos de interés; ii) estos deben *tipificarse*, esto es, establecerse de forma expresa y concreta en los pliegos de condiciones; iii) las causales deben ser *objetivas*, esto es, que se describan con claridad, de manera que no resulten ambiguos dando lugar a que los intérpretes extraigan consecuencias diferentes; iv) las causales no pueden ser caprichosas, por lo que su inclusión debe justificarse en salvaguardar principios superiores, como la igualdad, la imparcialidad, la transparencia, la moralidad o la selección objetiva; v) su interpretación, al igual que las causales de inhabilidad o incompatibilidad, debe ser estricta o restrictiva; vi) solo se pueden aplicar los conflictos de interés tipificados en el pliego de condiciones, en la Constitución o en la ley, de manera que su ausencia da lugar a que se parta del principio general de la capacidad contractual del proponente o contratista, de manera que la entidad no puede crear o aplicar causales que no incluyó en el pliego de condiciones[[18]](#footnote-19).

De acuerdo con lo anterior, relaciones contractuales particulares entre el interventor y el contratista objeto de vigilancia, bien podrían ser consideradas como actividades incompatibles con la interventoría, susceptibles de ser consideradas como causal de conflicto de interés. Esto en la medida en que, tales vínculos entre el interventor y el sujeto vigilado constituidos al margen del contrato estatal pueden poner en riesgo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, afectan el interés general. Sin embargo, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales aquí desarrollados, para que la hipótesis objeto de consulta configure un conflicto de interés se requiere que dicha circunstancia haya sido tipificada como conflicto de interés dentro del pliego de condiciones o en la minuta del contrato de interventoría.

Sin embargo, en el supuesto de no haberse tipificado el conflicto de interés, bien podría la entidad estatal aplicar lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, en caso de que se constate que la relación contractual privada entre interventor y el sujeto vigilado, dio pie a que el primero ocultara a la Entidad Estatal información relativa al cumplimiento del contrato o la ocurrencia de actos de corrupción, habiéndose ello verificado en el marco de una actuación administrativa, configurándose así la inhabilidad del literal l) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política, artículo 209. * Ley 80 de 1993, artículos 3, 5 y 8. * Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. * Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. * Corte Constitucional, sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. * Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. * Consejo de Estado, Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, consejera ponente Rocío Araújo Oñate. * Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 23 de marzo de 2011. Rad. 2.045. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. * Barreto Moreno, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pronunció esta Subdirección en los conceptos No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−402 del 26 de junio de 2020, C−365 del 30 de junio de 2020, C−386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C–592 del 14 de septiembre de 2020, C−551 de 24 de septiembre de 2020, C−709 del 7 de diciembre de 2020, C–721 de 14 de diciembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C–815 del 18 de febrero de 2021, C–047 del 8 de marzo de 2021, C–113 del 30 de marzo de 2021, C–122 del 30 de marzo de 2021, C–178 del 28 de abril de 2021, C−190 del 30 de abril de 2021, C−210 del 12 de mayo de 2021, C−275 del 11 de junio de 2021, C−293 del 28 de junio de 2021, C−321 del 2 de julio de 2021, C−410 del 7 de julio de 2021, C−491 del 14 de septiembre de 2021, C−522 del 1 de octubre de 2021, C−128 del 25 de marzo de 2022, C−252 del 3 de mayo de 2022, C−376 del 14 de junio de 2022, C−413 del 24 de junio de 2022, C−691 del 20 de octubre de 2022, C−731 del 10 de noviembre de 2022, C−928 del 26 de enero de 2023, C−126 del 24 de abril de 2023, C−175 del 4 de mayo de 2023, C−234 del 5 de julio de 2023, C−010 del 31 de enero de 2024 y C-039 del 23 de abril de 2024. También se ha pronunciado sobre el conflicto de interés en los conceptos C-229 del 16 de abril de 2020, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-449 del 31 de agosto de 2021 y C-288 del 14 de julio de 2023. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Enrique Caballero Lesmes  Analista T1-1 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-7)
7. Corte Constitucional, Sentencia C- 373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de junio de 2019, Exp. No. 00111 C.P. Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-9)
9. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 80 de 1993: “1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

    […]

    l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

    Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. Conceptos: C-229 del 16 de abril de 2020, C-815 del 18 de febrero de 2021 y C-449 del 31 de agosto de 2021. [↑](#footnote-ref-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 23 de marzo de 2011. Rad. 2.045. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-13)
13. La doctrina ha definido e identificado el origen de los conflictos de interés en los contratos estatales de la siguiente manera:“He sido de la tesis que la entidad no puede «inventarse» prohibiciones en los pliegos de condiciones habida consideración que su consagración es eminentemente legal; sin embargo, de tiempo atrás y a raíz de la instauración legal del Conflicto de Interés en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, contentiva del Código Disciplinario Único, se ha venido regulando en los pliegos de condiciones esta figura con el fin de evitar la selección de oferentes que por alguna circunstancia pueda poner en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato dadas las relaciones que podría existir con personas directamente involucradas en la actividad concerniente al objeto del contrato. Así mismo las entidades estatales que están por fuera del Estatuto General de Contratación, han consagrado en sus Estatutos Internos de Contratación disposiciones que regulan la materia que por supuesto resultan aplicables a sus procesos de selección, así en los pliegos de condiciones nada se diga. De manera general, habría que decir que se interpreta el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos, por lo que puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y lo pueden llevar a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público”. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. Cit., pp. 149-153. [↑](#footnote-ref-14)
14. Siendo los pronunciamientos más relevantes el Concepto del 10 de agosto de 2006. Exp. 1.767 –C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo–, reiterado y complementado en el Concepto del 23 de marzo de 2011. Rad. 2.045 –C.P. Enrique José Arboleda Perdomo–. [↑](#footnote-ref-15)
15. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. Cit., pp. 150-152. [↑](#footnote-ref-16)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de marzo de 2011. Rad. 2.045. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-17)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2006. Exp. 1.767. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-18)
18. Como expresa DÁVILA: «[…] la entidad estatal en la etapa previa o de planeación debe advertir situaciones concretas y reales que puedan implicar un conflicto de interés. Una vez hecho, debe tipificarlas de manera objetiva, clara y completa en el pliego de condiciones y consecuentemente aplicarlas de manera restrictiva y taxativa al momento de evaluar y adjudicar el contrato, no pudiéndose, so pena de violar la ley, diseñarse, crearse o inventarse alguna nueva» (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. Cit., p. 151. [↑](#footnote-ref-19)