

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No.: 399541

(Bogotá, D.C., 21 de julio de 2011)

Referencia: Consulta relacionada con un eventual conflicto de interés entre interventor y contratista de obra

Señor:
William Geliz Gómez
cielisgomez@hotmail.com
Veedor Ciudadano Municipal
San Fernando — Bolívar

Respetado Señor:

Me refiero a su comunicación en la pregunta sobre si existe algún impedimento en que un contratista participe simultáneamente en dos procesos contractuales, uno de interventoría y otro sobre la obra que será objeto de dicha interventoría, de manera atenta le informamos lo siguiente:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO es competente para pronunciarse sobre aspectos particulares y concretos en la presente respuesta por lo que no se pronunciará sobre el caso concreto planteado en su comunicación.

No obstante lo anterior, podemos informarle lo siguiente:

1. Planeación en la Contratación

Los estudios y documentos previos, necesarios en todos los procesos contractuales, se encuentran previstos en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008. Este establece que "estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone" (negritas fuera de texto).

Deberán contener además, la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar; con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar, el presupuesto estimado para la contratación y los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, entre otros.

Así, una vez determinadas en los estudios previos las características y naturaleza del bien o servicio a contratar, y verificada su cuantía según su presupuesto, la modalidad de selección para la escogencia del contratista, debe atender las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual prevé como modalidades de selección la Licitación Pública, la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos y la Contratación Directa. De esta manera, es la entidad la que en función de la necesidad que pretende satisfacer, debe establecer las condiciones técnicas del servicio o bien que desea contratar para atender esa necesidad y las posibles circunstancias que afecten el normal desarrollo del proceso contractual.

De acuerdo con el segundo inciso del primer numeral del artículo 30 en concordancia con el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la apertura de los procesos contractuales "debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto".

En consecuencia, desde antes de la apertura del proceso contractual deben preverse todas las situaciones que puedan influir en el desarrollo del proceso y la responsabilidad que ello pueda generar.

2. Regulación en el Pliegos de Condiciones

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 3° de la Ley 80 de 1993 establece como finalidades de la contratación:

"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"

"[Asimismo, frente a los particulares, establece que] 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".

Por su parte, respecto del contenido mínimo del pliego de condiciones, el artículo 6 del Decreto 2474 de 2008 establece que deberá contener, entre otros: "los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato".

Así, en los casos en que una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública requiera celebrar un contrato para cumplir con las funciones a su cargo, podrá establecer objetivamente criterios para la presentación y aceptación de ofertas, así como los factores de selección en razón a las características y naturaleza del bien o servicio a contratar, dentro de lo que debe regular el conflicto de interés que se pueda llegar a suscitar en el proceso contractual.

Las entidades estatales para proteger el interés público y los fines del Estado, tienen como deber el exigir unos requisitos mínimos que aseguren la escogencia objetiva del mejor contratista. Al respecto, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 consagró:

"5o. En los pliegos de condiciones:

"a) Se indicarán los **requisitos objetivos necesarios** para participar en el correspondiente proceso de selección.

"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación.

"c) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;

"d) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad." (Negritas fuera de texto)

La Corte Constitucional, al hacer el análisis del literal b) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, (Sentencia C-932/07, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) fue clara en advertir: "Como se vio en precedencia, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado".

Por tal motivo, cualquier exigencia que se haga en desconocimiento de un trato igualitario y proporcional así como que desconozca la finalidad y objetivos perseguidos con el proceso contractual, constituirá una desviación de poder como lo señala el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹

De acuerdo con lo anterior, el servidor público tiene el derecho y el deber de establecer en los pliegos de condiciones, las reglas claras, objetivas y justas, que aseguren una escogencia objetiva del contratista, se cumpla con los principios de la función pública y a su vez con los fines del Estado.

El artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

¹ Numeral 8. Art. 24 Ley 80 de 1993: Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

"1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y

proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.” (Negritas y subrayados fuera de texto)

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que "en el proceso de selección de contratistas es necesario distinguir dos aspectos principales, a saber: a) la evaluación del proponente (condiciones personales); y b) la evaluación de la propuesta (condiciones objetivas). Cada aspecto tiene sentido, criterios y finalidades distintas y resulta inconveniente la adopción de sistemas evaluativos que interrelacionen o incorporen ambos aspectos dentro de un mismo resultado final. [...Así,] la evaluación del proponente tiende a establecer la existencia de condiciones personales que permitan confiar razonablemente en su capacidad de cumplir con el futuro contrato. Se trata de concluir si el proponente alcanza un mínimo de condiciones, a partir de las cuales pueda entenderse que está en condiciones de cumplir el contrato en igual forma como lo podría cumplir otro proponente de mejores condiciones". ²

Por ende, las entidades públicas en ejercicio de la facultad discrecional, pero reglada, consagrada en las normas descritas anteriormente, puede y debe establecer en los pliegos de condiciones las exigencias mínimas necesarias en materia de capacidad jurídica, financiera, de organización, y las condiciones de experiencia, las cuales serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso, siempre y cuando sea adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, así como aquellas regulaciones tendientes a evitar la incidencia de aspectos subjetivos o de conflictos de interés que puedan presentarse en desarrollo del proceso contractual incluida la etapa de ejecución, que garanticen una escogencia objetiva y una ejecución óptima del contrato.

3. Conflicto de interés

La Ley 80 de 1993 no contiene regulación especial alguna referente al conflicto de interés y por lo tanto no existe norma en ella que prohíba a los servidores públicos que intervienen en la gestión contractual de la administración y a los particulares que intervienen en la misma, actuar incursos en este tipo de conflicto.

²Fonseca Prada, Eduardo. "El registro de proponentes, su importancia, su utilidad, su justificación y sus alcances. La existencia de registros especiales. La unificación de los registros públicos". En Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2002. 281 — 308.

No obstante lo anterior, en tratándose de servidores públicos, la prohibición de actuar estando incurso en conflictos de interés se encuentra en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), prohibición que obviamente resulta aplicable cuando intervienen en la gestión contractual pública.

De igual forma, en tratándose de particulares que intervienen en la gestión contractual de la administración, el artículo 53 del Código Disciplinario, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)³ les hace extensivo el régimen disciplinario de los servidores públicos expresamente a los interventores y en general, señala que son sujetos disciplinables a la luz de dicha ley, los particulares que cumplan funciones públicas en los que tiene que ver con estas.

Al respecto, resulta ilustrativo señalar que la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 extendiendo el régimen disciplinario a los contratistas también en los siguientes términos:

"Artículo 82. Responsabilidad de los interventores. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley."

³ Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento

de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Ahora bien, el artículo 40 del Código Disciplinario, al prohibir la actuación de los servidores públicos y de determinados particulares cuando se encuentren incurso en conflicto de interés, se refiere a la existencia de "interés particular y directo" de estas personas como factor determinante para la configuración de situaciones generadoras de conflictos de interés, se considera que el entendimiento de la Procuraduría sobre el alcance de este concepto, resulta aplicable cuando quiera que haya de determinarse la existencia o no de un conflicto de interés.

Al respecto, en el fallo la Procuraduría General de la Nación proferido dentro del proceso disciplinario No. 001 – 096195, puntualizó:

"...tenemos que el ejercicio de la función pública se debe orientar hacia la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, lo cual implica que, en aras de asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, la misma deba realizarse siguiendo unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Según lo ha señalado la Corte Constitucional, el ejercicio de la función pública comporta "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin

de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines".

"LOS CONFLICTOS DE INTERESES

(...)

9. La Constitución Política enmarca el ejercicio de la función pública dentro de unos postulados básicos, a saber, la justicia y el bien común. Sin embargo, dada la naturaleza humana en no pocas oportunidades, los propios intereses apartan a los servidores de tales postulados, lo que no significa que pueda sacrificarse el interés general y al servidor le sea dado ocuparse de los suyos, utilizando para tal propósito las prerrogativas que le confiere la investidura; ello es reprochado por el ordenamiento jurídico.

La Asamblea Nacional Constituyente al abordar el tema, refiriéndose a los Congresistas, aplicable también a los demás servidores, sobre este aspecto, señaló:

"5.3. Conflictos de Interés: como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. - Informe - Ponencia para Primer Debate en Plenaria, Gaceta Constitucional, número 79, mayo 22 de 1.991, p. 16- Subrayas fuera del texto.-"

Explica el autor A. Izquierdo, que en el devenir de la Administración Pública, es posible que se presenten diversos conflictos, en los cuales siempre está en cuestión el interés general; al frente de ello, el servidor público debe decantarse por una de varias opciones; se trata así pues, de un conflicto, en principio, de orden interno o individual.

(...)

"...el llamado "conflicto de intereses" en estricto sentido ... se da cuando entran en colisión los deberes derivados de la función pública con los intereses personales. Se trata aquí, no de conciliar entre diversas razones que llevan a lo público, sino de "poner en el lugar de razones legítimas que tiendan hacia lo público, intenciones dirigidas hacia intereses de carácter personal o privado" dice al autor citado. Y agrega "Este es sin duda el caso más claro de desviación de la voluntad pública, pues es más o menos conscientemente sustituida por una voluntad privada, que en sí misma no es condenable, pero que en esta situación sí lo es, evidentemente, pues se dice de ella que es pública cuando sólo es una forma de enmascarar lo privado".

(...)

"Es pertinente recordar que existen otros intereses abstractos diversos al tangible y material del circulante, que también se ven involucrados, según lo antes dicho.

(...)"

Así las cosas, por virtud del principio de imparcialidad, no es posible que un interventor o supervisor sea contratista del contrato vigilado, toda vez que existe claramente una colisión de sus intereses particulares con los de la entidad pública y los de la sociedad en general.

4. Estatuto Anticorrupción

Por otra parte, en la Ley 1474 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública" se contempló un nuevo impedimento en materia contractual para ser interventor ante una entidad estatal con la cual haya suscrito un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o el grado de parientes que se señala en ésta norma.

En efecto, el artículo 5° dispone lo siguiente:

"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 consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 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."

Así las cosas, la entidad estatal deberá prever en su pliego de condiciones el manejo que dará a aquellos impedimentos y conflictos de interés que se presenten en desarrollo del proceso contractual en el marco de la normatividad vigente para evitar que se presenten este tipo de situaciones.

Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 230 de la Constitución Política y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen al Departamento Nacional de Planeación, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el peticionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública

Departamento Nacional de Planeación