

"Por medio de la cual se decide una solicitud de Revocatoria directa en contra de la Resolución No. 986 del 26 de octubre de 2018 – Proceso de Concurso de Méritos CMA-SI-011-2018"

EL SECRETARIO DE INFRAESTRUTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Debidamente facultado mediante Decreto 05 del 05 de enero de 2018, y en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales, en especial las que confiere la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, la Ley 1882 de 2018, así como lo preceptuado en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y

CONSIDERANDO

I. SOBRE LAS MOTIVACIONES DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS.

Los señores: ABELARDO MEZA HERAZO. Presidente de FUNCICARIBE, y ABDO JOSE SALGADO AYOLA, como proponente dentro del proceso de selección CONCURSO DE MERITO CMA-SI-011-2018, presentaron solicitudes de revocatoria directa en contra de la RESOLUCION 986 DEL 26 DE OCTUBRE DEL 2018 – PROCESO DE CONCURSO DE MERITO CMA-SI-011-2018.

Atendiendo que los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos -sancionatorios o no-, mandato éste que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva. En particular, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 indica que "las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables a las actuaciones administrativas", cuestión que claramente remite al CPACA, el cual ordena la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1; es por ello que la entidad procedió a dar traslado al adjudicatario de las solicitudes, para efectos que ejerciera su derecho de contradicción y defensa, cuyos cargos se resumen así: el primer cargo cuestiona la vinculación acreditada por el proponente sobre uno de los profesionales propuestos, esto es ALBERTO ELIECER SARMIENTO REVOLLO (director de interventoría) en la ejecución del Contrato CM-016-MT-2011 celebrado con la Alcaldía de Tocancipá, el segundo cargo por su parte, versa sobre la condición de MARCEA SOFIA ALIES, quien emite una serie de certificaciones aportadas por el proponente en su propuesta, las cuales se cuestionan teniendo en cuenta que su emisora ha estado mencionada por algunos medios de comunicación por escándalo de corrupción en FONADE.

II. SOBRE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA SURTIDA.

Para efectos de la garantía de los derechos constitucionales y legales, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, en especial el parágrafo del artículo 97, la administración, ordenó iniciar la actuación administrativa tendiente a la resolución de la solicitud incoada, y ordenando:

ARTÍCULO PRIMERO: Iniciar la actuación administrativa tendiente a resolver sobre la solicitud de revocatoria de la Resolución No. 986 del 26 de octubre de 2018, por medio de la cual se adjudica un contrato como consecuencia del Concurso de Méritos Abierto No. CMA-SI-011-2018.

ARTÍCULO TERCERO: Vincular a la presente actuación al CONSORCIO INTERCANCHA ALAMEDA, representado legalmente por WILLIAM HERNANDO JARAMILLO GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.128.675, en calidad de titular del derecho contenido en la Resolución No. 986 del 26 de octubre de 2018, y a las siguientes personas como promotoras de la solicitud de revocatoria: ABDO SALGADO AYOLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 78.754.499, quien actúa en nombre propio, y ABELARDO MEZA HERAZO, en representación de la FUNDACIÓN CÍVICA Y SOCIAL PRO CARIBE – FUNCICARIBE.

ARTÍCULO CUARTO: Advértase al CONSORCIO INTERCANCHA ALAMEDA sobre la posibilidad que tiene, en ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, para presentar descargos en la audiencia de que trata el Artículo Segundo del presente acto administrativo, y en desarrollo de lo anterior, de rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas dentro de la actuación.

ARTÍCULO QUINTO: Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno, por ser de carácter preparatorio, de conformidad con lo normado en el parágrafo del artículo 75 del CPACA.

En desarrollo de la actuación, concurrieron los solicitantes y el representante del proponente plural, acompañado de apoderada.

Instala y preside la audiencia, el Secretario de Infraestructura el Dr. DULIS GARRIDO RAAD, quien declara formalmente abierta la audiencia. El delegado, agradece la asistencia y le concede la palabra al Secretario de la diligencia, profesional en derecho vinculado al DEPARTAMENTO, para que continúe con el desarrollo del orden del día.

Conforme a lo establecido en el artículo 3° del de la Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas se desarrollarán, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Así mismo, conforme al párrafo del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, en el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Con base en lo anterior, las actuaciones a desplegar por parte de la Administración con miras a la garantía de los principios y derechos arriba enunciados son las siguientes:

a) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la Entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el adjudicatario en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra a los promotores de la solicitud de revocatoria, y posteriormente al representante legal del adjudicatario o a quien lo represente, para que presente sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas dentro de la actuación.

b) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la Entidad procederá a decidir sobre la solicitud de revocatoria. Contra la decisión no proceder recurso alguno en los términos del Art. 95 del CPACA.

c) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la Entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

Una vez surtido lo anterior, se procedió a lectura de la solicitud de revocatoria con mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el adjudicatario en desarrollo de la actuación, se dio la participación de los promotores de la solicitud de revocatoria, quienes señalaron: *"El señor ABELARDO MEZA HERAZO. Presidente FUNCICARIBE. Manifiesto que ratifica lo señalado en la solicitud, expresando que el Informe de evaluación hecho por el Municipio de Tocancipa, en el proceso de la referencia, los cuales se pueden verificar en el SECOP, se muestra quienes fueron los profesionales que presento el CONSORCIO TC, para ejecutar la "INTERVENTORIA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LA CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE ESCENARIOS RECREODEPORTIVOS EN EL MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ" contrato CM-016-MT-2011, sin aportar documento alguno. El ABDO JOSE SALGADO AYOLA. Proponente. Solicitante. A través de su apoderado, se limitó a ratificar lo expuesto en la solicitud."*

NOTA: NO SE ADMITIRÁ NINGÚN DEBATE SOBRE ASPECTOS QUE NO HAYAN SIDO FORMULADOS PREVIAMENTE EN LA SOLICITUD DE REVOCATORIA.

Acto seguido, se dio la participación del Participación del representante legal del adjudicatario o quien lo represente, para la presentación de sus descargos.

III. SOBRE LOS DESCARGOS PRESENTADOS

En este momento de la diligencia, se dio la oportunidad para que la apoderada constituido presentara sus descargos, en desarrollo de lo cual se le instruyó para rendir las explicaciones del caso, sobre cada uno de los cargos expuestos, aportar pruebas y controvertir las presentadas dentro de la actuación.

La profesional del derecho, mediante exposición a viva voz, expuso los argumentos, así:

- Desconocimiento del sector de la construcción por parte de los solicitantes. *Javi*

Señaló la profesional en derecho que claramente se trataba de un desconocimiento del sector de la construcción las afirmaciones de los solicitantes, por cuanto, durante la ejecución de un contrato ya se de interventoría de obra o de obra, por circunstancias propias del diario vivir, resulta que, en oportunidades, es necesario cambiar el grupo de profesionales, siendo la única condición, que tengan un perfil igual o superior a los propuestos. Así las cosas, no necesariamente los profesionales propuestos al momento de formular la oferta, son los que están al frente en toda la ejecución del contrato.

- Los profesionales propuestos siempre son un mínimo, pudiendo la interventoría, por aspectos de manejo, de verificación y constatación de actividades vincular a un número superior de profesionales.

Cuando la entidad señala debe tener un número de profesionales, no necesariamente se señala que no se puede vincular por la interventoría un grupo mayor, asesores externos o especializados, para casos puntuales.

Recuérdese que la interventoría le corresponde 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.

Y como seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato en ocasiones se requiere conocimiento más especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifican, la interventoría, juiciosa y organizada, vincula otros profesionales a los proyectos.

- Los aspectos ya fueron objeto de controversia en el trámite del proceso de selección y se aportaron los documentos desvirtúan esta situación.

Señala la abogada, que estos no son nuevos hechos, son los mismos que se observaron en el proceso, y sin dar en extenso las declaraciones que aquí se señalan el proponente allegó certificación donde da cuenta que ambos profesionales participaron en la fase de ejecución del contrato. Señala que incluso los promotores de la revocatoria hacen alusión a las certificaciones aportadas y publicadas, por lo que reitera lo señalado en su momento y vuelve a aportar los documentos, para que sean pruebas de esta actuación.

En relación con Alies leyó el Concepto 28821 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública. En este concepto el consultante plantea como interrogante:

"¿Se encuentra inhabilitado para suscribir un contrato con una entidad del Estado quien fue declarado como responsable de la comisión de un delito?"

Para lo cual el Departamento Administrativo de la Función Pública luego de hacer un análisis de las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011, el Código de Procedimiento Civil, la Ley 906 de 2004, el artículo 122 de la Constitución Política; así como la Ley 80 de 1993 y sentencias de la Corte Constitucional, concluye indicando:

"1.- Los fallos judiciales debidamente ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento, el responsable de dar cumplimiento a la respectiva providencia judicial debe atender los estrictos términos en los que fue dictada, en el evento de duda respecto de su aplicación, se considera procedente acudir al Juez que emitió el fallo.

2.- Las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

3.- Como quiera que según su escrito la restricción impartida por el Juzgado 25 penal del circuito de Bogotá D.C., encaminada a restringir la celebración de contratos con entidades públicas finalizó, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no existe inhabilidad para que celebre contratos con entidades públicas.

No obstante, se considera procedente que antes de participar en el proceso contractual, el interesado revise las restricciones para contratar con el Estado, atendiendo en todo caso las normas arriba enunciadas, con el fin de advertir si se encuentra inmerso en algún tipo de inhabilidad." (aportado este extracto por la apoderada).

Todo ello para concluir:

- La administración no puede crear un catálogo de inhabilidades, las cuales corresponden solo al legislador.



- Violentaria el Departamento la presunción de inocencia, si por el hecho de unos reportes noticiosos se genera una inhabilidad inexistente en el estatuto de contratación en contra de la señora Alíes. Y acto seguido leyó: "La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable". Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución– contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que "toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito "hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad". (Sentencia C-289/12) y como la señora Alíes, no tiene ni medida de aseguramiento, concluye que no puede imponerse una inhabilidad.
- La presunción de inocencia "se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba" de acuerdo con la cual "corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad". (Sentencia C-289/12)

IV. SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS Y ANALISIS DE ASPECTOS DE FORMA Y FONDO DE LA SOLICITUD Y DESCARGOS, ANALISIS PROBATORIO.

- **SOBRE LA LEGITIMIDAD EN LA CAUSA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA.**

Se encuentra acreditado que los solicitantes se encuentran legitimados para interponer solicitud de revocatoria directa en los términos de la ley 1437 de 2011.

- **SOBRE LA OPORTUNIDAD.**

Señala el ARTÍCULO 95. OPORTUNIDAD de la Ley 1437 de 2011, *La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.*

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. *No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.*

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

A su vez, en los términos del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, **El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado**

En este sentido, se encuentra en oportunidad para dar trámite a la solicitud.

La revocatoria es una forma de extinguir o hacer desaparecer en sede administrativa un acto administrativo, que implica la promulgación de otro acto administrativo, pero con sentido o signo contrario al anterior, de modo que, por ejemplo, la condena pasa a ser absolución; la concesión o autorización, pasa a ser negación, etc., o simplemente dejarlo sin efecto, es decir, extinguir la situación jurídica que hubiere originado...

La jurisprudencia del Consejo de Estado señala: "(...) el panorama normativo de la adjudicación de los contratos cambió con la Ley 1150 de 2007, porque si bien, reiteró la regla general según la cual el acto de adjudicación es irrevocable, y nuevamente guardó silencio sobre la posibilidad de revocar otros actos proferidos antes de la celebración del negocio jurídico, introdujo diferencias sustanciales, porque creó dos (2) excepciones a la regla general de la irrevocabilidad: i) el acto de adjudicación es revocable si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación y la suscripción del contrato sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, y ii) si se demuestra que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales. Dispuso el artículo 9:

"Artículo 9. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

"Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

"El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

"Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar." (Negrillas fuera de texto)

Conforme a esta regla, que entró a regir el 17 de enero de 2008, el acto de adjudicación quedó menos protegido que antes, ya que si bien, nuevamente se afirma que es irrevocable, a continuación se añade que lo será en las siguientes circunstancias –esta es la novedad–: i) si el adjudicatario da su consentimiento –evento que no menciona la norma, pero que admite el ordenamiento jurídico–; ii) si sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, o iii) si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

En conclusión, i) en vigencia de la Ley 80 de 1993 el acto de adjudicación era, sencillamente, irrevocable; ii) pero en vigencia de la Ley 1150 esta idea cambió, porque es teóricamente irrevocable, pero en la práctica revocable casi en los mismos casos en que lo regulaba el CCA. para cualquier otro acto administrativo particular favorable –pero por aplicación de las causales de la Ley 1150–; y iii) con la Ley 1437 de 2011 cualquier acto administrativo particular favorable es irrevocable –salvo consentimiento del titular–, pero el de adjudicación quedó sujeto a la norma especial que lo regula –la Ley 1150–, de manera que tiene más supuestos de revocabilidad que los del común de los actos administrativos favorables.

No obstante lo expresado frente al acto de adjudicación, es claro que la Ley 1150 de 2007 no despejó las dudas respecto a la revocabilidad de los demás actos administrativos expedidos durante la etapa precontractual, contractual o poscontractual; pero sucedió que, luego, sus decretos reglamentarios regularon este tema –salvo el Decreto 1510 de 2013, como se verá más adelante–.

Recién expedida la Ley 1150 se profirió su decreto reglamentario No. 066 de 2008, que de manera abierta admitió la revocatoria directa del acto administrativo de apertura de la licitación, en eventos en los que, de conformidad con el artículo 69 del C.C.A., se puede ejercer el autocontrol administrativo:

"Artículo 5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. El jefe de la entidad o su delegado, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Para la contratación directa se dará aplicación a lo señalado en el artículo 76 del presente decreto.

faw.

"Parágrafo 1. El proceso de selección podrá ser **suspendido** por el término que se señale en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio del jefe de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación del proceso.

"Parágrafo 2. En el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, el jefe de la Entidad **revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección.**" (Negrillas fuera del texto original)
(CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C
Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)
Radicación: 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750)

En este sentido, parafraseando al Consejo de Estado, en vigencia de la Ley 1150 el acto de adjudicación es teóricamente irrevocable, pero en la práctica revocable casi en los mismos casos en que lo regulaba el CCA. para cualquier otro acto administrativo particular favorable –pero por aplicación de las causales de la Ley 1150; y con la Ley 1437 de 2011 cualquier acto administrativo particular favorable es irrevocable –salvo consentimiento del titular-, pero el de adjudicación quedó sujeto a la norma especial que lo regula –la Ley 1150, de manera que tiene más supuestos de revocabilidad que los del común de los actos administrativos favorables.

Sobre la causal invocada, si bien no se expresa con precisión por las peticiones, haciendo uso del principio *iura novit curia* para interpretar la misma, la entidad entiende que se trata de la que atañe a la obtención del acto por medios ilegales y en ese sentido, se analiza las pruebas, y demás elementos obrantes.

- DE LOS PROBLEMAS OBJETO DE ESTUDIO, DE LOS HECHOS, LOS ASPECTOS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE, ARGUMENTOS Y PRUEBAS.

Planteamos la decantación bajo la siguiente línea argumentativa: problema objeto de estudio, tesis y argumentos.

Problema I. ¿Constituye un medio ilegal las certificaciones allegadas por el hoy adjudicatario?

La tesis es que no, y se sustenta sobre la base de los siguientes argumentos.

Buena Fe Objetiva. La buena fe objetiva consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia", es la fundamental y relevante en materia negocial y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual", cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa[24] en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

La buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización

en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia", es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

El deber de buena fe que asiste a los partícipes en la contratación estatal se basa en el artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) que dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, "las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes" (artículo 3, numeral 4). En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

La buena fe impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibídem), y (iii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas (Ley 80, artículo 26, num. 6), todo con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad, así como también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

Así las cosas, de encontrarse documentación que no corresponda con la realidad, a la entidad no le queda camino distinto adoptar las acciones antes descritas, y solicitar a la fiscalía general de la nación, a través de denuncia, se investigue las posibles conductas punibles, en este sentido insta a todos los partícipes de la contratación estatal, a obrar con lealtad y fidelidad, en el sentido de no hacer afirmaciones que no correspondan con la realidad o sin fundamento alguno, así como entender que la contratación es un medio para hacer efectivos los derechos y garantías constitucionales, y que a través de ella se realizan los presupuestos, planes y programas debidamente aprobados.

Al cotejar los documentos allegados por la apoderada del adjudicatario, se encuentra la certificación emitida por el municipio de Tocancipa, donde da cuenta de la vinculación en la fase de ejecución de los profesionales que hoy se cuestionan por no haber sido los que la entidad evaluó en la etapa precontractual, lo que equivale a la no violación del principio aludido; máxime cuando, como lo señala la máxima del régimen probatorio, consignado en el artículo 167 del Código General del Proceso "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", por tanto, la carga probatoria corresponde a los solicitantes, quienes no pueden limitarse a expresar aspectos como oscuros, sin sustento probatorio, y pretender derivar una revocatoria basado en conjeturas o supuestos y quienes se sustrajeron de allegar documentos que dieran cuenta de una circunstancia distinta a las presentadas por el adjudicatario.

Problema II. ¿puede inhabilitarse a alguien por encontrarse aparentemente investigado penalmente, pese a no tener medida de aseguramiento en firme o sentencia condenatoria?

La tesis es que al margen del querer y -sin esto implicar un afán moralizador de la administración-, resulta que por no estar perfectamente en el supuesto de la norma (art. 58 No.6) no resulta posible aplicar extensivamente la inhabilidad.

La contratación estatal en Colombia tiene su fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los mas importantes medios que utilizan las entidades públicas para realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares. Es por eso que el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), con la prevalencia del interés general sobre el particular.

Es claro que (i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas

Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011); (ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Pero como señala el Consejo de Estado, las siguientes hipótesis NO GENERAN LAS INHABILIDADES DEL ARTÍCULO 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

Entonces, es menester hacer un análisis en torno al Principio de legalidad, así, la Corte Constitucional en su precedente ha señalado la trascendencia del Principio de legalidad sobre las actuaciones que desempeñan los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y desarrollo de la actividad administrativa:

“En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones”. Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

(...)

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior.

Ahora bien, si ello es así, si tanto los servidores públicos como los órganos y sujetos estatales están ligados al derecho y la Administración en su actuar siempre debe respetar y obedecer el ordenamiento jurídico, esto es, cumplir lo establecido en las distintas categorías jurídicas: la Constitución, las leyes, los actos administrativos y en general las restantes fuentes que integran el sistema normativo, es indispensable cuestionarse respecto a la necesidad de un sistema de control que permita garantizar el buen funcionamiento de la administración pública”. (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 2006)

Su relación directa con el régimen de inhabilidades se consolida en la taxatividad y el régimen restrictivo que sobre ellas se trabaja para lo cual no pueden darse espacios de aplicación a actuaciones que no están contempladas en la ley como incompatibilidades o inhabilidades siendo que su nacimiento únicamente proviene de la Constitución o de la Ley:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No. 1, 107 y 267 C.P.) y además, hacen parte de un conjunto de

disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Consejo de Estado, Sala plena, sentencia del 08 de febrero de 2011)

Tanto es así que el Consejo de Estado resalta las consecuencias y limitaciones que representa la aplicación del régimen de inhabilidades que determina su aplicación únicamente para los efectos dispuestos en la Ley, a fin de que en los procesos de contratación las entidades no se expongan a la creación de nuevas causales o analogías siendo que ello corresponde al legislador.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado, coherente con lo anterior, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad "tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva" y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado "crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador"; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo "por contravenir el orden jurídico"

Adicional a lo anterior, desde la perspectiva de la moralidad administrativa y de la ética pública como fundamentos que dieron lugar al establecimiento del régimen, se afirma por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil que "aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente de la ley y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social", de manera que precisan de la consagración constitucional o legal respectiva, para su existencia. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, 27 de agosto de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264))

✓ Del régimen de inhabilidades. Interpretación.

Las inhabilidades e incompatibilidades efectivamente corresponden a circunstancias dispuestas en la Constitución o la Ley que se traducen en limitaciones para realizar actividades de contratación con las entidades estatales dada la falta de aptitud, carencia de cualidades, calidad o falta de requisitos que debe cumplir el sujeto que lo incapacitan para ser parte en una relación contractual con el estado.

Las inhabilidades son de diferente orden y especie, generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, por disposición constitucional o legal, o como consecuencia de una sanción disciplinaria, penal, contractual o por estar incluido en el boletín de responsables fiscales. La inhabilidad se extiende a todas las entidades públicas del Estado. Cuando su origen es sancionatorio, sólo se extinguirá por vencimiento del término por el cual fue impuesta en acto administrativo o en sentencia judicial.

La Corte Suprema de Justicia la definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz).

Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, impiden la contratación y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o se encuentran vinculados con la administración pública.

✓ Principio "exceptio est strictissimae interpretationis".

Las disposiciones que tratan el tema de inhabilidades e incompatibilidades efectivamente no pueden interpretadas de forma arbitraria más allá de lo establecido en la Ley por lo cual es un régimen restrictivo que no permite una interpretación extensiva, para lo cual ha mencionado el Consejo de Estado:

"En primer lugar se destaca que las incompatibilidades e inhabilidades para participar en el procedimiento de licitación y para contratar con el Estado son de carácter restrictivo toda vez que el principio general de raigambre constitucional, es el de la igualdad de acceso a la contratación pública.

En este orden de ideas, las circunstancias o condiciones que tipifican la inhabilidad o incompatibilidad para participar en el procedimiento administrativo de licitación y para contratar con el Estado no se pueden interpretar de manera amplia o extensiva, como tampoco admiten aplicación por vía de analogía y su concreción se limita al supuesto fáctico preciso, específico y taxativo que se encuentra regulado en la respectiva disposición legal o constitucional". (Subsección A de la Sección Tercera, Consejo de Estado, 13 de noviembre de 2013, expediente: 25.646, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.)

Como lo dispone la jurisprudencia y la doctrina, las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio

que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en relación con la contratación estatal, están previstas en la ley 80 de 1993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador, o que se deriven de la aplicación analógica o extensiva de dichas conductas.

la Corte Constitucional al afirmar que "el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito 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..." Sentencia C-415 de 1994.

La Sección Tercera del Consejo de Estado dice que las causales de inhabilidad e incompatibilidad "tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y, por ende, que las entidades estatales deben ceñir su actuación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que no le está dado "crear nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad y mucho menos hacer analogías que en la práctica conducen a reemplazar al legislador"; cualquier acto administrativo en el que se establezcan tales situaciones o que adelanten labores hermenéuticas de índole analógica, es susceptible de ser declarado nulo "por contravenir el orden jurídico".

Lo anterior deriva en que para la jurisprudencia hay unanimidad respecto de la imposibilidad de formular hipótesis interpretativas que añadan causales de inhabilidad e incompatibilidad más allá de las que se encuentran dispuestas en los textos legales, es decir, que el carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no permite incorporar o aplicar causales no previstas o de incorporar supuestos diferentes usando la analogía.

La Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: 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; ellas están vinculadas con los altos intereses comprendidos en las operaciones contractuales estatales, en cuanto imponen como exigencia que se lleven a cabo con arreglo a principios de imparcialidad, eficiencia, eficacia, moralidad y transparencia.

El régimen de inhabilidades para los contratistas obedece, además, a razones éticas, ya que con él se busca asegurar una adecuada selección que redunde en beneficio del interés público. Es pertinente recordar que a través de la contratación "las entidades buscan 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" (Ley 80 de 1993, art. 3º). Sobre este régimen ha dicho la Corte:

"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 insito 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" (Corte Constitucional, Sentencia C-1016 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio)

Al restringir las inhabilidades derechos de carácter individual la interpretación e interposición de las mismas no es absoluta, en ese sentido el constituyente ha definido que su regulación debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues si bien el legislador goza de cierta discrecionalidad para consagrarlas, esa facultad de configuración normativa no es absoluta, puesto que no pueden limitar injustificada ni excesivamente los referidos derechos. Así también: "la Corte ha entendido que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo". (Corte Constitucional, República de Colombia, Sentencia C-903 de 2008)".

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del carácter restrictivo de las mismas consideró: "Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No 1, 197 y 267 C.P.) y además

cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Consejo de Estado, Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(P1) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez)

✓ Características de las Inhabilidades.

Como características de las inhabilidades pueden señalarse las siguientes: i) Impiden obtener un empleo u oficio, o continuar en su ejercicio. ii) Limitan el acceso a los cargos públicos, de tal suerte que constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político. iii) Tienen como propósito asegurar la prevalencia del interés general, mantener el equilibrio en el proceso electoral, evitar el nepotismo e impedir la ocurrencia de presiones o influencias indebidas sobre el electorado con miras a beneficiar a un candidato. iv) Son de interpretación restrictiva, y por tanto no susceptibles de aplicación extensiva o analógica. v) Son taxativas. vi) Preservan los principios de moralidad, transparencia, imparcialidad e igualdad. vii) En los términos del artículo 293 de la Constitución Política, deben ser establecidas por el legislador. El Congreso de la República promulgó la Ley 617 de 2000, la cual consagró una serie de normas dirigidas a promover la transparencia de la gestión en las entidades territoriales y asegurar que el cumplimiento de las funciones de dichos funcionarios se adelanta bajo criterios de interés general, y no con fundamento en intereses particulares. (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C. P. ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00143-00(2391)).

Así las cosas, a manera de colofón, en este punto es importante relevar acerca de la ley, como fuente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que la perspectiva constitucional ha reconocido que "el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades". Es decir, la Constitución Política reserva a favor de la ley la posibilidad de configurar normativamente la materia, razón por la cual se encuentra proscrito a las autoridades administrativas aumentar tales supuestos de hecho, so pena de nulidad de los actos correspondientes. En tal sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades no permite "su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial, por ello las causales de inhabilidad previstas en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se presentan cuando un juez colombiano dicta medida de aseguramiento en firme o sentencia penal condenatoria en firme contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado (sin importar la nacionalidad de ninguno de ellos), por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (incluyendo todas sus entidades, órganos y organismos); pero excepcionalmente pueden darse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a la misma se relacionen directamente con la actividad contractual realizada por la persona natural investigada o condenada frente al Estado colombiano (en Colombia o en el exterior), y la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales colombianos no hayan avocado la investigación o el conocimiento de los mismos hechos.

El mismo Consejo de Estado ha señalado que "las normas nacionales prescriben que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos, "las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional" y que la inhabilidad "se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas" (artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011).

Ahora bien, no solo respecto de las condenas penales se predicen efectos en la contratación estatal, sino también de las medidas de aseguramiento en firme, puesto que cuando el representante legal de una persona jurídica de derecho privado sea sometido a una de tales medidas por su actuación contractual, esta última queda inhabilitada para proponer y celebrar contratos con el Estado por el término de duración de la medida (artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993).

En el supuesto caso en el que el representante legal mencionado fuere condenado, la persona jurídica de derecho privado quedará inhabilitada para proponer y contratar con entidades estatales por espacio de diez años, así como también lo estará y por idéntico término, si aquella resultare declarada civilmente responsable (artículo 58, numeral 6 ibidem).

El Estatuto Anticorrupción determina que las personas jurídicas que hayan procurado algún beneficio de los delitos cometidos contra la administración y el patrimonio público, están sometidas a las medidas de suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, las cuales tendrán carácter definitivo cuando se profiera sentencia condenatoria (artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 y artículo 91 de la Ley 906 de 2004).

En el supuesto caso de que las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinieren una vez suscrito el contrato estatal, el contratista afectado deberá cederlo a un tercero, previa autorización de la entidad, o renunciar a su ejecución, si no fuere posible. Si la inhabilidad sobreviniere en la etapa de presentación de propuestas, se entenderá que el proponente renuncia a su participación en el proceso (artículo 9 de la Ley 80 de 1993).

Finalmente, Colombia hace parte de diferentes convenciones, convenios y tratados internacionales, que procuran la cooperación de la comunidad internacional en contra de la corrupción, los cuales requieren ser interpretados en función

Sin embargo, siendo que la corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado, toda vez que vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública; y desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos, disminuye las tasas de retorno, obstaculiza el comercio internacional, aumenta los precios de los bienes y servicios y reduce su volumen y calidad. Se reitera que por no estar perfectamente en el supuesto de la norma (art. 58 No.6) no resulta posible, bajo el principio de legalidad, aplicar extensivamente la inhabilidad pretendida por los solicitantes. Empero, se deja constancia del deber del adjudicatario, conforme a los pliegos de condiciones, de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los riegos; que el contrato contemplará la condición resolutoria cuando ocurran hechos que deriven en el aumento de los riesgos para la entidad o que vulneren los principios de la contratación estatal, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; por cuanto, inspirados en el grado calificado de prudencia, la administración asume una posición activa en el ejercicio de las funciones a través de la supervisión, quien periódicamente constatará no solo el cumplimiento absoluto de las obligaciones contractuales, sino también las legales, derivado no solo por la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, en los términos expuestos, sino por la calidad que el contratista adquiere como colaborador de la Administración (Artículo 3, Ley 80 de 1993) y por la naturaleza "intuitu personae" del contrato estatal (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

En virtud de lo anterior se

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. NO REVOCAR la Resolución No. 986 del 26 de octubre del 2018.

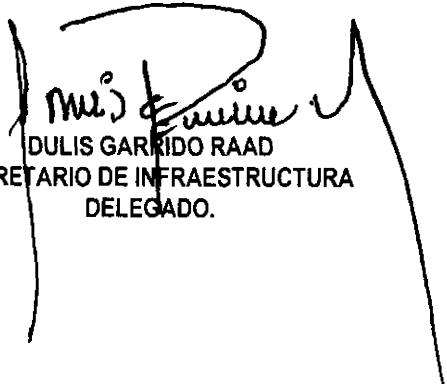
ARTICULO SEGUNDO. Notifíquese el presente acto administrativo a los solicitantes y al representante legal del **CONSORCIO INTERCANCHA ALAMEDA**, de conformidad con lo establecido en los artículos 66 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTICULO TERCERO. Contra la presente no procede recurso alguno.

16 NOV. 2018

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado a los


DULIS GARRIDO RAAD
SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA
DELEGADO.

Proy. JMG.

