

2023IE07915

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: **ALETHIA CAROLINA ARANGO GIL**
Subdirectora para la reducción del riesgo

DE: **DIANA PAOLA ARIZA DOMINGUEZ**
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

- 1. ASUNTO:** Respuesta Comunicación Interna No. 2023IE07753 del 31 de octubre.
- 2. TEMA:** El principio de legalidad de las faltas y de las sanciones en el ámbito disciplinario / principio de taxatividad de la sanción disciplinaria y su deber de interpretación restrictiva / régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal / Alcance de los efectos jurídicos derivados de inhabilidad disciplinaria con ocasión a fallo de responsabilidad fiscal en contra del representante legal
- 3. FECHA:** 07/11/2023

Cordial saludo Dra. Alethia.

De manera atenta y de conformidad con la solicitud de la referencia, la Oficina Asesora Jurídica – en adelante OAJ - de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – en adelante UNGRD - se permite dar respuesta así:

4. CONSULTA.

Mediante la comunicación interna del asunto la Subdirectora para la reducción del riesgo solicita a la OAJ conceptuar sobre el siguiente asunto:

En atención a que se está tramitando ante la Entidad la solicitud de prórroga 1, del Contrato de Interventoría No. **9677-PPAL001-1382-2022**, representada legalmente por ELKIN ENRIQUE ESTRADA CORONADO identificado con C.C. 10.766.037 cuyo objeto es: "REALIZAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, AMBIENTAL Y LEGAL AL CONTRATO SUSCRITO PARA REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE CONTROL DE INUNDACIÓN EN EL RÍO SINÚ EN EL MUNICIPIO DE COTORRA, DEPARTAMENTO CÓRDOBA EN EL MARCO DEL DECRETO DE CALAMIDAD PÚBLICA No. 200 DE 2021, PRORROGADO MEDIANTE DECRETO No. 256 DE 2021 Y EN DESARROLLO DEL PLAN DE ACCIÓN ESPECÍFICO (PAE)", y teniendo en cuenta que en la revisión adelantada a los antecedentes disciplinarios del representante legal del CONSORCIO INTEROBRAS 072, se encontró un reporte de inhabilidad por parte de la Procuraduría General de la Nación (anexamos certificado 1 folio), por lo que nos permitimos de manera respetuosa, se emita concepto jurídico por parte de su despacho, para atender o no, lo solicitado por la firma contratista.

5. COMPETENCIA.

La OAJ de la UNGRD es competente para absolver la consulta citada en el acápite anterior, con fundamento en los numerales 1 y 5 del art. 12 del decreto ley 4147/2011, modificado por el art. 3 del decreto ley 2672/2013, al guardar relación con un asunto que es producto de la contratación adelantada por el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre – en adelante FNGRD – y con las funciones atribuidas al ordenador del gasto del FNGRD, esto es, al Director General de la UNGRD, en los términos establecidos en el art. 48 de la L1523/2012, y en las condiciones especiales y específicas dispuestas en el art. 6 del decreto 2113/2022 adicionado mediante el decreto 0220 del 15 de febrero de 2023 y modificado por el decreto 544 del 13 de abril de 2023.

6. CONCEPTO.

Pese a que en el escrito que se responde no se realiza ningún interrogante respecto del cual este despacho deba pronunciarse, observados los hechos expuestos y los documentos anexos, se considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si es posible que la entidad suscriba una prórroga del contrato de interventoría 9677-PPAL001-1382-2022 celebrado con el CONSORCIO INTEROBRAS 072 aun cuando pesa sobre el representante legal del contratista una inhabilidad disciplinaria derivada de fallo de responsabilidad fiscal o si existe alguna restricción de orden legal que lo impida.

Así las cosas, a efectos de responder este problema jurídico principal, nos proponemos estudiar (1) el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones en el ámbito disciplinario, lo cual se relaciona con (2) el principio de taxatividad de la sanción disciplinaria y su deber de interpretación restrictiva, siendo necesario referirnos a lo atinente al (3) régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal, todo lo cual, nos permitirá determinar (4) el alcance de los efectos jurídicos derivados de inhabilidad disciplinaria con ocasión a fallo de responsabilidad fiscal en contra de un representante legal; orden que se seguirá en el desarrollo de este escrito.

3.1. Del principio de legalidad de las faltas y de las sanciones en el ámbito disciplinario

Al abordar la temática planteada que busca determinar si es posible que la entidad suscrita una prórroga contractual aun cuando pesa sobre el representante legal del contratista una inhabilidad disciplinaria derivada de fallo de responsabilidad fiscal o si existe alguna restricción de orden legal que lo impida, encontramos que dicho interrogante tiene por lo menos dos (2) obstáculos, el primero nace de la poca claridad que aporta la ley disciplinaria actual¹ que genera que la propia autoridad disciplinaria resuelva de manera diversa casos similares, y el segundo, emana de que la doctrina especializada tampoco se ha puesto de acuerdo respecto del contenido de los principios rectores del derecho disciplinario que lo estructuran como una disciplina autónoma e independiente del *uis puniendi*, sin embargo, la jurisprudencia nos muestra luces claras frente al particular, como lo observaremos.

¹ La anterior ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y la vigente ley 1952 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.” publicada en el Diario Oficial 50.580 de la misma fecha, cuya vigencia se difirió en el tiempo.

Para vencerlos, se propone estudiar figuras jurídicas que en la academia se han nutrido y de las que la jurisprudencia también ha realizado sus propios aportes todos en el marco de la ley vigente, tópicos y posturas que servirán para resolver nuestro problema jurídico principal antes expuesto.

Con este resumido panorama nos encontramos que según el Consejo de Estado² el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones *“alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas.”*; a este principio le sigue el principio de tipicidad como categoría del derecho disciplinario que a la vez *“integra el principio de legalidad y alude concretamente a la determinación previa y precisa de —infracciones, penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades administrativas en ejercicio del poder punitivo estatal.”* y que es garantía indispensable para el ejercicio de la defensa y contradicción.

Por tanto, *“la aplicación práctica y concreta del principio de tipicidad debe permitir a los destinatarios de la norma hacer un ejercicio de “predictibilidad de la sanción”, según el cual la norma sancionatoria garantice que se puedan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción correspondientes. Esto conlleva a que constitucionalmente no sean admisibles formulaciones tan abiertas (por su amplitud, vaguedad o indefinición), que la efectividad de la infracción o de la sanción prevista en la ley dependan de una decisión libre y arbitraria del intérprete o de la autoridad administrativa que ejerza la potestad sancionadora: la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones o las penas”*

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente sentencia de constitucionalidad C-044 de 2023 ha ratificado que el principio de legalidad o sujeción a la ley —como manifestación general— y del principio de tipicidad —como una de sus representaciones específicas—, que encuentran consagración en el artículo 29 de la Constitución y se constituyen en límites al derecho sancionador y dijo que:

(...) en el ámbito del derecho administrativo sancionador se cumple el principio de legalidad, el cual subsume los principio de tipicidad y reserva de ley, cuando el legislador establece: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”, y (iii) “la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla con claridad”.

Sobre la categoría de la tipicidad disciplinaria, el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau ha sostenido que este es un desarrollo del principio de legalidad que se contrae a conductas oficiales, esto es, comportamientos de sujetos calificados que tienen deberes estatales y se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción, y que a diferencia del derecho penal que se ocupa de la materia expresa y claramente delimitable de lo prohibido o mandado, cuya técnica de expresión son los tipos cerrados, en el derecho disciplinario se trata de delimitar lo que no está permitido o mandado, cuya tenencia al infinito haría prácticamente imposible la definición de lo punible a

² CE. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de marzo de 2019. Radicado 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403).

través de tipos cerrados, imperando la técnica de los tipos abiertos y en blanco señalando la esencia de la ilicitud a partir de interpretaciones contextuales de las normas jurídicas³.

Por su parte, el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera sostuvo que a partir del contenido de la ley disciplinaria vigente que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro, esta se consigue en virtud de la acción disciplinaria cuyo objeto es establecer la existencia de faltas disciplinarias, entendidas por estas, como el incumplimiento de deberes, el abuso o extralimitación de los deberes y funciones, y la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de interés, sin justificación alguna⁴, premisas que le permiten concluir que las conductas objeto de reproche disciplinario son aquellas que quebrantan sustancialmente los deberes que impone el ejercicio de la función pública, contrariando los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho, siempre y cuando se haya realizado previo análisis de la existencia de las relaciones especiales de sujeción entre el imputado y el Estado.

Este autor, como también Gómez Pavajeau adoptan la figura de tipo disciplinario como aquel en el que se incurre en comportamientos que impliquen el incumplimiento de deberes, el abuso o extralimitación de los deberes y funciones, y la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de interés, sin estar amparado en alguna causal de ausencia de responsabilidad que lo justifiquen⁵.

En virtud a lo anterior, la posición mayoritaria de la doctrina es que la categoría dogmática de la tipicidad demanda que los tipos disciplinarios sean abiertos en la medida que resulta imposible pretender que en el derecho disciplinario se produzca una descripción exhaustiva de la conducta punible sustentados en que la lógica de este derecho opera en forma inversa a como sucede en derecho penal en interpretación de lo señalado en el artículo 6 constitucional que consigna, para estos, la máxima según la cual las autoridades pueden solamente hacer lo que les está permitido y mandado, que consolida la indefinición taxativa de los tipos disciplinarios, premisas estas en las que se sustenta la idea según la cual habrá de contentarse con que la ley apenas intente aprehender con algunos tipos disciplinarios las conductas posibles y de mayor ocurrencia⁶, postura que desde antaño parece tener respaldo constitucional vía jurisprudencial⁷ pero que ha ido morigerándose en la actualidad fundamentados en que en virtud del principio de tipicidad, la conducta que se considera ilegal o ilícita debe estar contenida de manera clara, completa e inequívoca⁸.

Ahora bien, el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria al ser un elemento constitutivo de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria conviene dejar claro que en criterio expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en fallo proferido el 8 de febrero de

³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. 6ª edición. Universidad Externado de Colombia. Pág. 423 y 424

⁴ Esiquio Manuel Sánchez Herrera. *Dogmática practicable del Derecho Disciplinario. Preguntas y respuestas*. 3ª edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2012. Pág. 56 – 57.

⁵ *Ibíd.* Pág. 58

⁶ *Ob cit.* Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Pág. 425 - 426

⁷ Sentencia C-427 de 1994

⁸ Sentencias C-739 de 2000. Ver también en sentencias C-404 de 2001, C-099 de 2003, C-921 de 2001

2011⁹, las inhabilidades deben estar consagradas en forma expresa y clara y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador, tal como se lee:

*“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, 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.”* (Negritas y subrayas fuera de texto original)

Esto último, nos abre paso continuar con el orden metodológico propuesto respecto del cual nos detendremos a estudiar lo siguiente.

3.2. El principio de taxatividad de la sanción disciplinaria y su deber de interpretación restrictiva

El principio de taxatividad comporta la obligación por parte del legislador de establecer los elementos de la norma sancionatoria de forma cierta, clara y precisa, lo cual cobra sentido y lógica jurídica en la medida en que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades limita la libertad y los derechos de las personas naturales o jurídicas¹⁰.

Por tanto, cuando nos referimos a que la conducta disciplinariamente condenable y su sanción son taxativas, debe entenderse a que estas estén expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley de manera clara, completa y precisa y exige que la descripción de todos los elementos del tipo disciplinario como los sujetos, los verbos rectores, las modalidades subjetivas u objetivas, la sanción, los agravantes y los demás ingredientes normativos estén determinados o sean determinables.

A esto se le suma que, como criterio de hermenéutica jurídica, deben aplicarse restrictivamente, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, la libre concurrencia, entre otros. Esta ha sido la postura unívoca y reiterada tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

3.3. Breves comentarios en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal

⁹ CE. Sala Plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 8 de febrero de 2011. Rad. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI)

¹⁰ C-044-2023, C-181 de 2016, C-412 de 2015, C-713 de 2012, C-343 de 2006, C-827 de 2001, -1161 de 2000, C-996 de 2000, C-739 de 2000, C-211 de 2000 y C-241 de 1997.

De manera general, según lo proferido en las sentencia de la Corte Constitucional C-053 de 2021 y T-239 de 2022 *“Las **inhabilidades** son restricciones a la capacidad jurídica de las personas^[3] para “entablar ciertas relaciones jurídicas con el Estado”^[4]. Las inhabilidades están previstas en la Constitución Política o en la ley y operan como “requisitos negativos”^[5] para ejercer funciones públicas, prestar servicios públicos o celebrar contratos públicos. En particular, las inhabilidades imposibilitan que determinadas personas puedan (i) acceder o continuar “en el desempeño de funciones públicas”^[6], bien sea como “servidor público o como particular que ejerce dichas funciones”^[7]; (ii) “prestar servicios públicos”^[8] o (iii) “contratar con las entidades públicas”^[9]”¹¹*

Y sin que sea necesario pronunciarnos sobre el régimen jurídico del contrato para el estudio de este tópico amén de que en todos los contratos públicos se aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades descrito en el Estatuto General de Contratación Pública (según art. 8 y 9 L80/93 y art. 13 L1150/2007), sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional¹² que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado *“es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer unas relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. (...) «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”*

Esta consagración de limitaciones, afectan la capacidad jurídica para contratar y desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado¹³:

“De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades. Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone

¹¹ Concepto 220231760 de 2023 de la Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C

¹² CC Sentencia C-1016 de 2012.

¹³ CE. SCA. S3 Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646

entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado”

Es por ello que, las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado.

Ahora bien, en el terreno de lo contractual, también se aplican los criterios derivados del principio de legalidad, taxatividad y su deber de interpretación restrictiva a las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y/o celebrar contratos estatales, respecto del que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente replicando la postura del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha dicho que¹⁴ *“en efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio”* al pertenecer estas a un régimen que limita las libertades de empresa y/o sanciona ciertas conductas, y por tanto, los efectos jurídicos que la inhabilidad disciplinaria derivada de fallo fiscal contra el representante legal debe ser analizado con el rigor que exige el principio de legalidad, taxatividad e interpretación restrictiva, como veremos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha dicho 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”*¹⁵.

Por su parte, la Sección Tercera¹⁶ 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”. También ha dicho que: [...] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo

¹⁴ Concepto de Colombia Compra Eficiente C – 349 de 2021

¹⁵ CE. SCSC. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251.

¹⁶ CE. SCA. S3. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635.

se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); [...].”

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.”

Estos son los derroteros que nos servirán de base para adentrarnos al siguiente tema.

3.4 Alcance de los efectos jurídicos derivados de inhabilidad disciplinaria con ocasión a fallo de responsabilidad fiscal en contra del representante legal de un consorcio o unión temporal.

Según los elementos que se desprenden de la disposición normativa que regula lo relacionado a las inhabilidades e incompatibilidades, según se lee de los artículos 7 y 8 de la ley 80 de 1993 tenemos que existe todo un listado de conductas que impiden la participación en licitaciones y celebración de contratos con las entidades estatales, en un escenario que da impedimento de la celebración del negocio jurídico, tal es el caso dispuesto en el párrafo 3 del art. 7 de dicho cuerpo normativo así:

*“**PARÁGRAFO 3.** Los miembros que hagan parte de los consorcios o uniones temporales no podrán contratar acorde con lo previsto en la presente ley cuando hayan sido sancionados disciplinaria, fiscal o penalmente.”*

Frente a los elementos fácticos dispuestos en la norma tenemos que las entidades públicas deberán consultar, antes de la suscripción de los contratos y dentro del procedimiento de selección, si cada uno de los miembros que hacen parte de un proponente o contratista plural (consorcio o unión temporal) tienen alguna sanción disciplinaria, fiscal o penal, para lo cual las entidades de control a cargo de estas labores (Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Policía Nacional) han dispuesto de bases de información electrónica útil y de obligada consulta.

Ahora bien, como es sabido puede ocurrir, que luego de celebrado el contrato, el contratista o sus miembros puedan incurrir en alguna(s) conducta(s) que integran el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y a estas les denominamos “inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes” frente a las cuales el legislador también dispuso con claridad cual es el tratamiento que debe darse por las partes.

En relación con las sobrevinientes consagradas en el artículo 9 de la ley 80 de 1993 modificado por el art. 6 de la ley 2014 de 2019 *“Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.”*

Del tenor literal de la norma se observa que la consecuencia jurídica que quiso imprimirle el legislador no fue, en principio, la terminación de la relación contractual, sino por el contrario que el vínculo comercial continúe, todo lo cual cobra sentido de cara al interés general que se persigue con la ejecución contractual, y por tanto, la claridad de la norma nos permite concluir sin lugar a dudas que, en caso de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste deberá ceder su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante, pero nunca abandonar la ejecución del contrato.

Sobre el particular, la Corte Constitucional desde la sentencia C-221 de 1996 determinó que:

“Se trata de evitar que contraten con el Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, a la cual pertenece también la disposición demandada.

Como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo de los trámites previos a la contratación, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación contractual ya se había establecido o dentro del tiempo de una licitación o concurso ya iniciados. (...)”

De lo hasta aquí estudiado tenemos que, las normas mentadas, hacen referencia a inhabilidades o incompatibilidades previas o sobrevinientes de miembros del consorcio o unión temporal, pero, el legislador nada dijo frente a los efectos jurídicos de una inhabilidad disciplinaria de su representante legal.

Ahora bien, también incluye el art. 8 de la ley 80 el literal a) que nos informa que tienen impedimento para celebrar contratos *“Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”* y siendo que, según el caso objeto de análisis, la inhabilidad recae en la persona del representante legal, será este quien tenga impedimento para celebrar un negocio jurídico, pero no la persona o ficción jurídica que representa, en la medida que el legislador no dijo nada sobre el particular, y esto tiene todo el sentido en la medida que las responsabilidades son personales.

Para terminar este tópico, tenemos que existen casos en los cuales los efectos jurídicos de la inhabilidad del representante legal se extienden a las personas jurídicas que representan, según se lee del literal j) del art. 8 multimentado, pero el tipo normativo solo refiere a conductas relacionadas con *“delitos contra la Administración Pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional”*

En cuyo caso, la norma informa que *“se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.”*

Así las cosas, es imperativo revisar si la inhabilidad que pesa sobre la persona del representante legal es derivada de alguna de estas anteriores reprochables conductas.

9. RESPUESTA.

Estas previas reflexiones jurídicas nos permiten responder el problema jurídico planteado ¿es posible que la entidad suscriba una prórroga del contrato de interventoría 9677-PPAL001-1382-2022 suscrito con el CONSORCIO INTEROBRAS 072 aun cuando pesa sobre el representante legal del contratista una inhabilidad disciplinaria derivada de fallo de responsabilidad fiscal o existe alguna restricción de orden legal que lo impida? lo cual hacemos en los siguientes términos:

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en concepto de esta OAJ la norma es clara en establecer impedimento para los miembros que hagan parte de los consorcios o uniones temporales cuando hayan sido sancionados disciplinaria, fiscal o penalmente, pero esta restricción no pesa cuando el sancionado sea el representante legal, comoquiera que la norma legal no extiende estos efectos.

Según el certificado ordinario No. 234151252 expedido por la Procuraduría General de la Nación la inhabilidad para contratar con el Estado pesa sobre la persona de Elkin Enrique Estrada Coronado identificado con CC 10766037, pero no obra en los anexos aportados en la solicitud de concepto que exista alguna inhabilidad contra ninguno de los miembros del contratista plural a saber CONSORCIO INTEROBRAS 072 integrado por DYBCON INGENIERÍA SAS con NIT 901.263.566-3 con una participación del 75% y HERNAN ALFONSO VELASQUEZ CABEZA identificado con CC 10.781.112 con una participación del 25%, por lo que los elementos normativos que integran la norma (parágrafo 3 del art. 7 L80/1993) no se cumplen, impidiendo aplicar la sanción expuesta por la disposición legal.

Si en gracia de discusión se evidenciara que alguno de los miembros del contratista plural CONSORCIO INTEROBRAS 072, esto es, DYBCON INGENIERÍA SAS o HERNAN ALFONSO VELASQUEZ CABEZA estuviera inmerso en causal de inhabilidad o fueran sancionados disciplinaria, fiscal o penalmente, corresponde en todo caso aplicar lo relacionado a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 80 de 1993 modificado por el art. 6 de la ley 2014 de 2019 que prescribió que *“Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.”*

Sin embargo, como se dijo, según el certificado ordinario No. 234151252 la inhabilidad para contratar con el Estado pesa sobre la persona de Elkin Enrique Estrada Coronado identificado con CC 10766037 se deriva de la aplicación del art. 42 de la ley 1952 de 2019 que en su numeral 4 dispuso lo siguiente:

***“ARTÍCULO 42. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:
(...)4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.”***

Quiere decir lo anterior que, la inhabilidad disciplinaria es con ocasión a un fallo de responsabilidad fiscal proferido contra Elkin Enrique Estrada Coronado y no por ninguna de los eventos expuestos en el literal j) del art. 8 antes transcrito, por lo que no existen fundamentos legales que permitan concluir que los efectos jurídicos del impedimento se extiendan para el CONSORCIO INTEROBRAS 072 o para alguno de sus miembros, así como tampoco que exista causal que invalide el negocio suscrito con este consorcio o que se encuentre incurso en causal de nulidad por falta de capacidad jurídica. Sin embargo, lo que la buena administración aconseja es que el representante legal sea removido de su cargo en la medida que comporta impedimentos legales para el ejercicio libre de su labor, lo cual habrá de ser notificado a la entidad, pero esto no invalida los negocios jurídicos celebrados ni existen elementos de juicio que impidan la continuidad de la ejecución del contrato por parte del CONSORCIO INTEROBRAS 072.

Con este panorama se recomienda, que para el bien de la satisfacción del interés general y público perseguido con el contrato de interventoría 9677-PPAL001-1382-2022, se sigan los trámites de la prórroga previo concepto favorable del supervisor, siempre que estos sean surtidos con el representante legal suplente o con quien reemplace al sr. Elkin Enrique Estrada Coronado en su condición de representante legal principal, previamente notificado a la entidad.

Para terminar se informa que este documento se emite y suscribe en los términos del art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el art. 1 de la L1755/2015, en virtud del cual, los conceptos emitidos por las autoridades son recomendaciones de carácter no vinculante, no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador, por lo que, no pueden considerarse una justificación, ni mucho menos una autorización para la toma de decisiones de las áreas competentes.

Atentamente,

DIANA PAOLA ARIZA DOMÍNGUEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres-UNGRD

Proyectó: Nubia D. García Valencia - Abogada OAJ

Revisó: Cindy Constanza Mesa Morales – Contratista OAJ

Actualización: formato GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CODIGO: G-1200-OAJ-01 v2.