



MEMORANDO

Bogotá D.C., 21 de Septiembre de 2018

Para:

Diana Marcela Londoño Espinel

Jefe de Oficina

Oficina Comunicaciones

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre facturación de servicios de proveedores en los que el representante legal es el mismo contratista.

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando No. M-2018-1500-000136 de septiembre 14 de 2018, en la que requiere pronunciarse respecto a la posibilidad que un contratista presente facturas de proveedores en los cuales él mismo funge como representante legal, se produce el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es posible que un contratista presente facturas de proveedores en los que él mismo funge como representante legal?

II. ANTECEDENTES.

El 14 de septiembre del presente año, la Jefe de la Oficina Asesora de Comunicaciones solicita apoyo a la Subdirección de Contratación, mediante memorando No. M-2018-1500-000136, en el sentido de revisar el valor real de los servicios facturados en el marco del Contrato de Prestación de Servicios No. 432 de 2018 y, a la vez, solicita un concepto contractual respecto de las facturas emitidas por la empresa Quinta Generación, en razón a que es la empresa a través de la cual SONIA JAIMES COBOS (contratista del Contrato 432 de 2018) ofrece sus servicios. Agrega si ¿es válido que facture servicios a través de lo que parece ser su propia empresa? y ¿si la razón social de dicha empresa le permite ofertar esos servicios logísticos, entonces hay problema alguno?

Posteriormente, mediante memorando No. M20182000005645 de septiembre 18 de 2018, la Secretaría General le informa a la Oficina Asesora de Comunicaciones que *"La Oficina Jurídica deberá conceptuar si la empresa Quinta Generación, quien de conformidad con el registro único empresarial RUES, ostenta la calidad de representante legal Sonia Jaimes Cobos, está validada para facturar los servicios de la contratista Sonia Jaimes Cobos en el marco del contrato 432 de 2018."*



III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

1. Del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés en la contratación estatal.

Las inhabilidades son condiciones o situaciones que impiden a una persona natural desempeñar ciertos cargos o ciertas funciones, en forma temporal o definitiva, y responden a razones de conveniencia pública y de ética administrativa relacionadas con condenas a pena privativa de la libertad, sanciones disciplinarias, lazos de parentesco y celebración de contratos con entidades públicas.¹

Las incompatibilidades son impedimentos o prohibiciones morales, legales o de conveniencia que tienen las personas naturales cuando están desempeñando un cargo público y aún después de haber cesado en su ejercicio.²

Es oportuno señalar en este punto la diferencia que existe entre inhabilidad e incompatibilidad, consistente, en palabras del Consejo de Estado, en que **las causales de inhabilidad constituyen una prohibición para que alguien sea elegido o nombrado**, y pueden dar lugar a la nulidad de la elección o nombramiento, mientras que **las incompatibilidades son prohibiciones para el elegido o nombrado**, cuya violación es sancionable disciplinariamente³. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Adicional a lo anterior, se debe tener en cuenta que **las inhabilidades e incompatibilidades son de carácter taxativo y restrictivo, vale decir, que solo pueden ser invocadas las que expresamente estén consagradas en la ley y su ámbito de aplicación no aceptará analogías o extensiones interpretativas de ningún tipo**.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado al indicar que *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 tiene su fundamento en el artículo 6º de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.*⁴

De otra parte, el artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), señala:

"Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

¹ Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. JORGE ENRIQUE AYALA CALDAS. Ediciones Doctrina y Ley.

² Ídem

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO, Santafé de Bogotá, D. C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: 2233

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ROBERTO SUÁREZ FRANCO. Santa fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número: 925.



Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, **imparcialidad**, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

3. **En virtud del principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en **asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el artículo 11 de la norma antes señalada, expresa:

"Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. **Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido.** Todo servidor público que deba **adelantar** o sustanciar **actuaciones administrativas**, realizar investigaciones, practicar pruebas **o pronunciar decisiones definitivas** podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.
4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.
5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.
6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.



9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición. "
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 141 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), dispone:

"CAUSALES DE RECUSACION. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.



6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.

7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.

8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.

9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.

11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

En consecuencia, queda claro que a los servidores públicos les son aplicables las causales de impedimento y recusación establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso⁵.

Por otro lado, la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

⁵ De conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que señala: "Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."



Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.” (Negrilla fuera de texto)

Como se evidencia, el tener interés directo en la materia del asunto que se decide, se erige como causal de impedimento que deben ser puestas en conocimiento de la autoridad administrativa respectiva.

En materia de contratación estatal, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un proponente dentro de una licitación o concurso. Si sobreviene respecto del contratista, éste debe ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante y si no fuere posible debe renunciar a su ejecución.⁶

En efecto, el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, dispone:

"DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones ~~o concursos~~ y para celebrar contratos con las entidades estatales:

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

b) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Quienes participaron en las licitaciones ~~o concursos~~ o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

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

f) Los servidores públicos.

g) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación ~~o concurso~~.

h) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación ~~o concurso~~.

⁶ Idem.



i) *Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.*

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación ~~o concurso~~, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) *<Literal modificado por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.*

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

k) *<Literal modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.*

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) *<sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El interventor que incumpla*



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

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones ~~o concursos~~ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) <Literal adicionado por el artículo 40. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

PARÁGRAFO 1o. *La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.*

<Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007> El nuevo texto es el siguiente:> En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.



PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas."

Posteriormente, se expidió la Ley 1474 de 2011, que contempló las siguientes disposiciones:

"ARTÍCULO 3o. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

(...)

ARTÍCULO 90o. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria."

De lo anterior se puede concluir que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses atiende a la moralización del ejercicio de la función pública y a aspectos éticos que impiden que una persona se relacione con la Administración Pública o se aproveche de su anterior vinculación con el Estado realizando determinadas actividades con específicos sectores del ámbito privado.

2. Del Contrato 432 de 2018.



Prosperidad Social requirió contratar la prestación de servicios para la organización, administración, operación y ejecución de acciones logísticas para la realización de eventos institucionales en cumplimiento de las obligaciones misionales y funcionales de las diferentes dependencias de la Entidad.

En tal virtud y luego de agotados los procedimientos precontractuales pertinentes, se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios No. 432 de 2018 con la persona natural SONIA JAIMES COBOS, el cual se encuentra en ejecución y del cual se destacan las siguientes particularidades.

a. De las inhabilidades e incompatibilidades en el presente proceso de contratación.

En la cláusula 21 del contrato, se dispuso lo siguiente.

*"**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** El CONTRATISTA manifiesta que no se halla incurso en ninguna de las causales de incompatibilidad o inhabilidad previstas en la Constitución y la Ley para celebrar este contrato, respondiendo en todo caso por dicha manifestación. Así mismo, el CONTRATISTA se obliga a informar a PROSPERIDAD SOCIAL las causales de incompatibilidad o inhabilidad que le sobrevengan durante el plazo de ejecución del contrato. En caso de sobrevenir alguna inhabilidad o incompatibilidad con posterioridad a la celebración del presente contrato, se procederá en la forma establecida en el artículo 9º de la Ley 80 de 1993."*

Por su parte, en el Pliego de Condiciones se señaló lo siguiente:

2.4. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

No podrán participar en este Proceso de Selección, quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1.993, en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, y demás disposiciones legales vigentes que consagren inhabilidades e incompatibilidades para contratar con PROSPERIDAD SOCIAL.

Tampoco podrán hacerlo las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, a través de una o más sociedades controladas o de sus matrices, directa o indirectamente.

Los Oferentes - Estructuras Plurales- y sus Integrantes deberán declarar bajo la gravedad de juramento en la Oferta que: (i) no están incursos en causales contenidas en régimen de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones legales; ni se encuentran incursos directamente, ni su equipo de trabajo y/o sus directivos en conflicto de intereses (ii) que no se encuentran incursos en ninguna causal de disolución y/o liquidación, (iii) que no se encuentra(n) adelantando un proceso de liquidación obligatoria, concordato o cualquier otro proceso de concurso de acreedores de conformidad con las normas de países diferentes de Colombia; (iv) que no se encuentran reportados en el Boletín de Responsables Fiscales vigente, publicado por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, (v) que no se encuentran reportados en el SIRI de la Procuraduría General de la Nación con sanción que implique inhabilidad vigente (vi) que no se encuentren reportados en el Sistema Nacional de Medidas Correctivas que implique inhabilidad vigente. Dichas afirmaciones se entenderán prestadas con la suscripción de la Carta de presentación de la Oferta.

En cuanto al conflicto de intereses, el Pliego manifestó:



2.12. CONFLICTO DE INTERES

No podrán participar en el presente proceso de selección quienes bajo cualquier circunstancia se encuentren en situaciones de conflicto de interés con PROSPERIDAD SOCIAL que afecten los principios de la contratación administrativa.

Se entenderá por conflicto de interés toda situación que impida al Proponente tomar una decisión imparcial en relación con la ejecución del contrato que resulte del presente proceso; por tanto, no podrán participar en este proceso de selección quienes directa o indirectamente se encuentren en cualquier situación que implique la existencia de un conflicto de intereses que afecte los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, o los principios de la función administrativa.

Tampoco podrán participar en el presente proceso quienes directamente o cuyos integrantes o sus socios se encuentren en una situación de conflicto de interés con PROSPERIDAD SOCIAL.

Entre otros casos, y sin limitarse a ellos, se entenderá que se presenta conflicto de interés con la concurrencia de cualquier tipo de intereses antagónicos que pudieran afectar la transparencia de las decisiones en el ejercicio del contrato y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En consecuencia, el proponente deberá manifestar que él, sus directivos, asesores y el equipo de trabajo con que ejecutarán los servicios a contratar, no se encuentran incurso en conflicto de interés, la cual se entenderá prestada con la suscripción de la Carta de Presentación de la Propuesta.

En todo caso los proponentes evitarán dar lugar a situaciones en que se pongan en conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes con su futura o actual participación en procesos de selección, o en la ejecución de otros contratos

De conformidad con lo anterior, se puede señalar que las estipulaciones contractuales establecieron la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en la Constitución y la ley para la participación en el proceso licitatorio.

En cuanto a la ejecución contractual, se destaca lo señalado en el numeral 2.12 del Pliego de Condiciones sobre el conflicto de interés en tanto que el contratista podría estar incurso en este si se dan los siguientes presupuestos:

- i) Que la decisión que se deba tomar implique un aprovechamiento personal, familiar o particular.
- ii) Que ese aprovechamiento vaya en detrimento del interés público.

En consecuencia, ante la eventual ocurrencia de estas situaciones en la ejecución del contrato, se estará ante un conflicto de interés que debe ser reprochado, en caso de materializarse o abstenerse de incurrir en él si aún no ha sucedido.

b. De la posibilidad de subcontratar bienes y servicios.

Tanto en los Estudios Previos como en el Pliego de Condiciones y el Contrato 432 de 2018 cláusula 2, se señaló como obligaciones del contratista, entre otras, las siguientes:

"2. Asumir la responsabilidad civil que genere la demanda o demandas interpuestas por terceros derivada de su actividad. Responder por toda clase de demandas, reclamos o procesos que instaure el personal o los subcontratistas del Contratista, a su cargo.

(...)



4. El contratista debe enviar el quince (15) de cada mes, por correo electrónico, al supervisor del contrato un informe financiero, donde indique los pagos de terceros que han sido realizados y los pagos pendientes a la fecha.

13. Realizar las negociaciones con terceros, que se requieran para la prestación del apoyo logístico de la presente contratación a título personal del Contratista, y en ningún caso PROSPERIDAD SOCIAL se hará responsable por estas negociaciones o por reclamaciones o daños a terceros. Así mismo, deberá contar con la infraestructura necesaria para dar respuesta a los eventos, que se presenten.

(...)

16. Verificar que los Contratistas de los servicios aprobados por el supervisor del contrato, sean los mismos que facturan o efectúan el cobro al Contratista.

17. Realizar el pago oportuno a Contratistas y/o proveedores de productos y servicios contratados para la ejecución de los eventos requeridos.

(...)

20. Las negociaciones comerciales que realice el Contratista con sus proveedores son de responsabilidad de éste y por ningún motivo podrán trasladarse a PROSPERIDAD SOCIAL, ni condicionar la realización de un evento o la consecución de un requerimiento, a las condiciones de pago establecidas por un contratista."

Y en la cláusula 18 del Contrato 432 de 2018, se indicó lo siguiente:

DÉCIMA OCTAVA. SUBCONTRATACIÓN - EL CONTRATISTA no puede subcontratar parcial ni totalmente sus obligaciones o derechos derivados del presente contrato sin la autorización previa, expresa y escrita de PROSPERIDAD SOCIAL.

EL CONTRATISTA no podrá subcontratar la ejecución del Contrato con personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad y capacidad para desarrollar la actividad subcontratada, solo podrá hacerlo previa autorización por parte de la PROSPERIDAD SOCIAL, no obstante lo anterior, EL CONTRATISTA continuará siendo el único responsable la PROSPERIDAD SOCIAL por el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. EL CONTRATISTA es el único responsable ante PROSPERIDAD SOCIAL de la celebración de subcontratos, en todo caso, PROSPERIDAD SOCIAL se reserva el derecho a solicitar al CONTRATISTA a cambiar al (los) subcontratista (s) cuando, a su juicio, éste (os) no cumpla (n) con las calidades mínimas necesarias para la ejecución del (las) labor (es) subcontratadas.

Por su parte, en el Pliego de Condiciones se dispuso:

10.8. CESIÓN Y SUBCONTRATOS

EL CONTRATISTA no podrá ceder el contrato a persona alguna natural o jurídica, nacional o extranjera, sin previo consentimiento por escrito de PROSPERIDAD SOCIAL, pudiendo éste reservarse las razones que tenga para negar la autorización de la cesión.

...



Se evidencia de lo anterior que, pese a las deficiencias en la redacción de algunas cláusulas del contrato, como la décima octava, una interpretación integral de las estipulaciones contractuales permite concluir que era posible para el contratista subcontratar algunos bienes y servicios para ejecutar el acuerdo.

Lo anterior se refuerza con la posición que la misma entidad asumió en la etapa precontractual al responder las observaciones que los interesados realizaron a los pliegos, así:

OBSERVACIÓN 5.

Solicita se aclare respecto a la experiencia lo relacionado con subcontratos, en el pliego se establece que no se aceptarán subcontratos, solicitan se aclare cómo se va a interpretar esta condición, puesto que hay proponentes que presentan certificaciones expedidas por otros operadores en las cuales indican que realizaron cierto tipo de evento, si esto es válido.

RESPUESTA

PROSPERIDAD SOCIAL aclara que serán válidas las experiencias obtenidas directamente por el proponente, es decir las que demuestran que realizó y organizó directamente el evento, y que se encuentre registrada en el RUP del proponente que la presenta.

OBSERVACIÓN 14

Finalmente, solicitan saber si la entidad tiene previsto recomendar o sugerir proveedores que exijan condiciones de pago diferentes a las que tiene el operador con sus proveedores o si se preservará la autonomía administrativa del contratista.

RESPUESTA

El contratista en desarrollo del contrato cuenta con autonomía administrativa.

Sin embargo, el contratista debe prever la dinámica de los diferentes eventos y la población objeto de atención, en cada evento (Por ejemplo: Comunidades indígenas), para lo relacionado con las condiciones de pago y de proveedores.

Se evidencia entonces que la intención de la entidad fue la de aceptar la subcontratación incluso para acreditar la experiencia.

c. De la forma de pago y requisitos para presentación de facturas.

En la cláusula quinta del Contrato 432 de 2018 se dispuso sobre la forma de pago del valor del contrato, lo siguiente:



El valor del contrato se pagará, así:

5.1. PROSPERIDAD SOCIAL pagará al contratista el valor determinado por evento, con fundamento en los servicios efectivamente prestados y previa presentación de la correspondiente factura e informe de actividades con el detalle de la ejecución y costos del mismo de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula tercera de este contrato, y aprobación escrita por parte del supervisor.

5.2. Forma de pago Comisión Porcentaje de Intermediación. Para efectos legales y fiscales, el valor de la comisión que se derive del presente contrato será el porcentaje consignado en la oferta económica adjudicada, esto es de **7.8%** mismo que se aplicará a cada uno de los eventos o actividades previstas para la ejecución y desarrollo del objeto contractual. La base para el cálculo de las comisiones corresponde a los costos debidamente soportados antes de IVA.

En la factura se deben detallar los servicios efectivamente prestados y previamente autorizados por el supervisor, así como el porcentaje de comisión (%), aplicado al valor de cada evento antes de IVA. El porcentaje de comisión a aplicar a todos los eventos será el indicado en el anexo respectivo de la propuesta económica presentada por el proponente adjudicatario en el presente proceso de selección. A la factura deberá acompañarse los soportes de los proveedores de bienes y servicios utilizados por el contratista, de manera que le permita a PROSPERIDAD SOCIAL cotejar el detalle de los costos presentados en el respectivo informe y factura.

5.3. Condiciones para la presentación de Facturas de Cobro

Los pagos se realizarán previa verificación de los siguientes requisitos:

1. Presentación de Factura o Cuenta de Cobro que cumpla con todos los requisitos de Ley, en el que se detalle el lugar de ejecución del evento.
2. Presentación de certificación a la fecha, expedida por el Revisor Fiscal o el Representante Legal - de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 -, en la cual se acredite el cumplimiento del pago de las obligaciones derivadas de los aportes de sus empleados, a los sistemas de Salud, Riesgos Laborales, Pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Sena.
3. Presentación de los informes de ejecución contractual (de acuerdo con la naturaleza de los mismos) correspondientes al periodo de facturación, en el que se detalle el lugar de ejecución de los eventos realizados identificando los servicios incluidos en cada eventos y su valor con todos los soportes y avales previos del supervisor del contrato.

Y en la Nota 4 de dicha cláusula se expresó:

Nota 4: Para la legalización de los pagos anteriormente mencionados CONTRATISTA deberá presentar al inicio de cada corte la factura correspondiente al servicio debidamente prestado, previa aprobación del informe de ejecución por parte del supervisor, de acuerdo con los entregables establecidos en las obligaciones y anexo técnico conforme de actividades y gestiones a desarrollar, así como su recibo a satisfacción, expedido por parte del supervisor designado por **PROSPERIDAD SOCIAL** para tales efectos

Por su lado, en el Anexo No. 1 Condiciones Técnicas, se indicó lo siguiente:

"9. Tabla de Precios:

El Contratista presentará una tabla de precios de referencia, que incluye rangos de precios máximos correspondiente a elementos, recurso humano, logística, producción, diseño y elaboración de material que se requiere para la ejecución de diferentes tipos de eventos.

Una vez PROSPERIDAD SOCIAL entregue una solicitud de servicio para un evento y/o actividad al Contratista, éste deberá presentar como mínimo tres (3) cotizaciones requeridas por la Entidad, soportadas en el tarifario, teniendo en cuenta los ítems que se relacionan en la tabla



de precios (los precios relacionados en dicha tabla harán parte integral del contrato y nunca podrán exceder el rango máximo allí relacionado)."

De otra parte, en los estudios previos, se manifestó:

4.3.2.1 Forma de Pago Eventos

PROSPERIDAD SOCIAL pagará al contratista el valor determinado por evento, con fundamento en los servicios efectivamente prestados y previa presentación de la correspondiente factura e informe de actividades con el detalle de la ejecución y costos del mismo de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2.5 de este documento, y aprobación escrita por parte del supervisor.

De conformidad con lo anterior, se puede señalar lo siguiente.

- i) Los requisitos para presentar las facturas de cobro por parte del contratista se encuentran señalados en las estipulaciones contractuales en donde se debe dar cuenta del evento realizado, los servicios prestados y los soportes pertinentes que incluyen cotizaciones y facturas de proveedores.
- ii) Previamente a la realización del evento, el contratista debe presentar tres cotizaciones que deben tener como precio de referencia el tarifario o tabla de precios sin que nunca se exceda el valor allí señalado por ítem.
- iii) La factura presentada por el contratista deberá estar acorde con lo señalado en los dos numerales anteriores.

3. Del caso concreto.

En el caso concreto se cuestiona si es posible que el contratista presente facturas por concepto de prestación de servicios que ha subcontratado con un proveedor del cual el mismo contratista es el representante legal.

La respuesta a este interrogante implica analizar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés contenido en la Constitución y la ley y la reglas particulares del contrato sometido a consideración.

En este orden de ideas, como se expresó a lo largo de este concepto, las inhabilidades e incompatibilidades son de carácter taxativo y restrictivo, vale decir, que solo pueden ser invocadas las que expresamente estén consagradas en la ley y su ámbito de aplicación no aceptará analogías o extensiones interpretativas de ningún tipo.

En tal virtud, **no existe una inhabilidad o incompatibilidad expresa en la Constitución y la ley referida a una particularidad tan específica como la de presentar facturas por concepto de prestación de servicios que ha subcontratado con un proveedor del cual el mismo contratista es el representante legal.**

En las estipulaciones contractuales del Contrato 432 de 2018 **tampoco se señala expresamente una prohibición en dicho sentido.**

No obstante lo anterior, en el campo del conflicto de interés, éste se encuentra determinado, en el caso de los servidores públicos, en las causales de impedimento y recusación contenidas



en el ordenamiento jurídico vigente, empero, **para los particulares no hay una lista taxativa de eventos que pueden dar lugar al mismo, pues cada caso concreto debe ser valorado de acuerdo con las circunstancias propias y los soportes existentes.**

En consecuencia, atendiendo la noción y el alcance del conflicto de interés ya señalado a lo largo de este concepto, en las estipulaciones del Contrato 432 de 2018 (específicamente en los Pliegos de Condiciones) el contratista manifestó y aceptó, al momento de presentarse al proceso licitatorio, que no estaba incurso en conflicto de interés alguno que afectara la transparencia en la toma de decisiones para la ejecución del acuerdo.

Se deduce entonces que si tal situación potencialmente configuradora de un conflicto de interés se presentara luego de suscrito el contrato, el contratista debería manifestarlo o abstenerse de ejecutar acciones que configuren el conflicto de interés.

De conformidad con lo anterior, **el hecho que el contratista presente facturas por concepto de prestación de servicios que ha subcontratado con un proveedor del cual el mismo contratista es el representante legal, si bien no configura una inhabilidad o incompatibilidad, pues como se dijo, éstas son taxativas y tal situación no figura en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, sí podría constituir un conflicto de interés.**

Empero, para determinar con certeza la existencia del conflicto de interés, es necesario que la Administración logre demostrar: i) que la decisión que se deba tomar implique un aprovechamiento personal, familiar o particular y, ii) que ese aprovechamiento vaya en detrimento del interés público.

En el caso concreto, a priori, se podría afirmar que la facturación del proveedor que coincide con el contratista implica, para éste, un aprovechamiento personal de carácter económico pues se ve beneficiado con el pago del servicio, pero no necesariamente dicha situación resulta reprochable, máxime en un escenario de libre empresa como el que rige el mercado en nuestro país.

Para que sea reprochable se requiere que ese aprovechamiento vaya en detrimento del interés público, lo que se podría dar si se demuestra que los precios cobrados por el contratista a través del proveedor son mayores a los del mercado o se encuentran artificialmente elevados.

IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al interrogante planteado consistente en determinar si es posible que un contratista presente facturas de proveedores en los que él mismo funge como representante legal, implica señalar que con dicha conducta no se configura una inhabilidad o incompatibilidad pero sí, eventualmente, un conflicto de interés si se demuestra que existe un aprovechamiento personal, familiar o particular que vaya en detrimento del interés público.



GOBIERNO
DE COLOMBIA



PROSPERIDAD SOCIAL



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-005741

Fecha: 21/09/2018

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace *Conceptos Jurídica* en la intranet.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Omar Alberto Baron Avendaño
Revisó: Lucy Edrey Acevedo Meneses
Folios: 17
Anexo: 0
Copia: Tatiana Buelvas Ramos - Secretaria General
Secretaría General
Johanna Patricia Gonzalez Ocando - Subdirector Técnico (E)
Subdirección de Contratación