

INHABILIDAD DEL INTERVENTOR QUE INCUMPLA EL DEBER DE INFORMACIÓN¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. El numeral 1, segundo literal k), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establece la inhabilidad para contratar producto del incumplimiento del interventor de informar a la entidad contratante de la ocurrencia o posible acaecimiento de tres situaciones descritas en la disposición. Con la finalidad de estudiarla completamente, el texto realizará una conceptualización general, una descripción de los juicios de constitucionalidad que se le hicieron u algunos aspectos problemáticos, enfatizando en su naturaleza, término de duración y las calidades del sujeto pasivo.

Introducción

El deber objetivo que la entidad estatal tiene de controlar y vigilar el cumplimiento de los contratos se concreta en figuras como la de interventoría que tiene como función general ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual, coadyuvando con la entidad contratante a que las obligaciones se cumplan a cabalidad, y teniendo, entre otros, el deber de informarle de las situaciones que se presenten y pongan en riesgo la ejecución. Para lo anterior, se empezará por identificar una cuestión preliminar, referida a su ámbito de aplicación, se seguirá con la identificación y descripción de los elementos que tiene la disposición, destacando algunos de ellos, en especial el sujeto en que recae, que se caracteriza como «calificado», el término de duración, los hechos y situaciones que la originan y el procedimiento y acto administrativo que la fundamenta.

Para empezar, se empezará por identificar el ámbito de aplicación, que para el caso no se circunscribe a una entidad en concreto, esto es, implica una prohibición para contratar respecto de todas las entidades del Estado, siendo concordante con todas las del numeral 1 del artículo 8, denominándose como «general». De ahí que, independientemente de la entidad que expida el acto

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 8 de mayo de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián G. Marin.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

administrativo que funda la prohibición para contratar, esta se extiende a todas las demás autoridades.

1. Aspectos generales de la causal: conceptualización y término de duración

El numeral 1, segundo literal k), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que será inhábil para participar en licitaciones o celebrar contratos el interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante, relacionada con: *i)* el incumplimiento del contrato, *ii)* hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles y *iii)* situaciones que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta causal define perfectamente al sujeto pasivo: el interventor. En conclusión, es uno calificado, lo que quiere decir que no cualquiera puede convertirse en el destinatario de la prohibición, sino que, por el contrario, se requiere que un «contratista», sin importar su naturaleza jurídica, que sea una persona natural o jurídica, un oferente plural –unión temporal o consorcio– o, incluso, una sociedad con objeto único, que haya suscrito un contrato con un objeto especial: realizar la interventoría a «otro» contrato estatal.

Así las cosas, la primera condición *sine qua non* es que se esté en el marco de un contrato de consultoría, pues según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 también lo son aquellos que tengan por objeto la interventoría, la que se regula en la Ley 1474 de 2011. Si bien la intención del texto no es estudiar la tipología contractual, al ser un elemento esencial de la disposición objeto de análisis, se harán algunas consideraciones al respecto; así, el artículo 83 *ibidem* señala que con la finalidad de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las autoridades están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución, por medio de un interventor o supervisor, según corresponda.

El deber de control que le asiste a la Administración se traduce en la posible celebración de un contrato especial, que consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento haga una persona jurídica o natural, cuando el contrato principal suponga conocimiento especializado en la materia o cuando la complejidad o extensión lo justifique; no obstante, si se justifica y es acorde a la naturaleza del principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero y contable –artículo 83–. La suscripción de un contrato no conlleva necesariamente a que se celebre uno de interventoría; por el contrario, el único caso en que es así es en el contrato de obra resultado de una licitación pública –artículo 32, numeral 1, de la Ley 80–, en los demás quedará sujeto a las consideraciones que realice la entidad, en términos de oportunidad y conveniencia.

De la norma que define la interventoría surge un interrogante acerca de la naturaleza de los sujetos que pueden tener esa condición, si se limita únicamente a personas jurídicas y naturales o si, por el contrario, como se afirmó anteriormente, se extiende a todos los demás habilitados para suscribir contratos con el Estado, puesto que cuando precisa que consiste en el seguimiento que hace una persona natural o jurídica, excluye a cualquier otro.

Si bien las opciones interpretativas pueden variar, aquí se sostiene que esa redacción no limita la capacidad que le asignó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los sujetos, que ese no es el alcance de la norma, ni la intención del legislador; asimismo, que si bien en ese artículo solamente se hizo referencia a esos dos sujetos, el artículo 84, parágrafo 4, de la Ley 1474 de 2011 señala que cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad aplicará en los términos del artículo 7 de la Ley 80, en cuanto al régimen sancionador. Con ello es claro que figura del interventor no está limitada a las personas –jurídicas o naturales–, sino que también pueden ejercerla los oferentes plurales.

En cuanto a las promesas de sociedad futura o sociedades con objeto único las conclusiones no son diferentes, pues, en esencia, son personas jurídicas y ni su naturaleza como sujetos, ni la de su función, se oponen a que les aplique la inhabilidad, por más que tengan una característica especial, que su existencia se supedita a la ejecución del contrato; por lo que es necesario determinar de qué forma les aplicará la inhabilidad, pues cuando el contrato se termine la persona jurídica desaparecerá.

El parágrafo 3 del artículo 7 *ibidem* estableció que en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato, la responsabilidad y sus efectos se rigen por las disposiciones de los consorcios; en otras palabras, responderán solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de las propuestas y del contrato, además, que todas las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en el desarrollo del contrato afectarán a todos los miembros que lo conforman; de ahí que se sostenga que esta es la forma correcta de aplicar la inhabilidad³.

³ Lo regulado en el parágrafo tiene un interrogante que se trató en un texto precedente y que se presenta en los siguientes términos: si el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 derogó, en parte, el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, pues dispone que la única razón por la que los socios de la sociedad por acciones simplificada –SAS– responden de forma solidaria es por los perjuicios u obligaciones surgidas en la realización, participación o facilitación de actos defraudatorios. La respuesta será negativa, pues se afirma que la Ley 80 prescribió una regla especial para las sociedades con objeto único en los contratos estatales, independientemente de forma en cómo se configure la responsabilidad de los tipos societarios.

También se dispone que este contrato de consultoría implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento respecto a las obligaciones a cargo del contratista principal; igualmente, que el interventor está facultado para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución, y son responsables de mantener informada a la autoridad de los hechos o circunstancia que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan arriesgar el cumplimiento del contrato, o que efectivamente se presente el incumplimiento –artículo 84 de la Ley 1474–. De forma que, además de las funciones que se les asigne en el clausulado, el legislador determinó *el deber de informar* las circunstancias expresadas, como una de las obligaciones más importantes a su cargo. Dávila Vinueza realiza la misma consideración cuando señala que entre las funciones definidas para el interventor están las relacionadas con el deber de informar, que pueden estipularse expresamente o que, si no, resultan ínsitas en él por mandato legal, y que su incumplimiento general la prohibición⁴.

La importancia del *deber de información* que tiene el interventor se refleja en normas que disponen consecuencias gravosas por su incumplimiento. Por ello, se considera falta gravísima omitir la obligación de informar de los hechos ya señalados –artículo 84, parágrafo 1, *ibidem*–; asimismo, se dispone que, en caso de que no se hubiese comunicado oportunamente la ocurrencia de posibles incumplimientos, parciales o totales, será solidariamente responsable de los perjuicios que ocasionen, por los daños que le sean imputables al interventor –parágrafo 3 *ibidem*–. La configuración de la prohibición para contratar también es una consecuencia.

Conforme a ello, y volviendo netamente al análisis de la causal, la segunda condición para que se produzca la restricción, directamente aunada a los deberes legales del interventor, es la omisión del *deber de información*, respecto de uno de los tres hechos que determina la disposición, es decir: *i)* el incumplimiento del contrato, *ii)* los que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles y *iii)* los que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Así pues, la existencia de alguno de estos es el tercer requisito para que se dé la limitación.

La misión del interventor es, sustancialmente, velar por que se cumplan las estipulaciones, principalmente, aquellas de carácter técnico, pues la vigilancia administrativa, jurídica y financiera no estarán necesariamente a su cargo. Es apenas evidente que el legislador proteja el cumplimiento del deber principal que tiene el contratista, y que, por lo tanto, dos de las omisiones que dan lugar a la configuración de la causal están estrictamente relacionadas con ello. Así, es claro

⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis, 2003. p 176.

que si existe un incumplimiento o hechos que puedan producirlo, y él no informa oportunamente, entonces, dará lugar a ella.

Ahora, Dávila Vinueza propone un cuestionamiento, imprescindible para la aplicación de la disposición, ¿cuál debe ser la gravedad o magnitud de los hechos? Propone que serán tan graves que pongan en peligro el interés general, o que efectivamente lo haya hecho; que se dará cuando coexistan los elementos que impliquen la caducidad del contrato, causando consecuencias irreparables, en todo caso, que el incumplimiento o posible incumplimiento derive en la paralización del contrato principal⁵. Se comparte la apreciación del autor, pues la consecuencia jurídica, imposibilidad para contratar por cinco años, es tan gravosa que solamente debe proceder en eventos de notoria gravedad, teniendo, entonces, un estándar elevado, que se debe suplir en la actuación.

Para finalizar, el término de duración está explícito en la norma: será de cinco años contados a partir de la firmeza del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente. Se resalta la dureza de la medida, pues en relación con otras causales como las que son producto de la declaratoria de caducidad del contrato, son de las más extensas.

1.1. Actos de corrupción tipificados como conductas punibles: constitucionalidad y alcance

Una de las condiciones para que se configure la inhabilidad, como se explicó, es que se omita el deber de informar la ocurrencia de situaciones que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles. La supeditación de la prohibición a un concepto indeterminado implicó que la Corte Constitucional revisara la norma. El primer cargo que examinó fue la vulneración del principio de legalidad, *tipicidad*, lo que exige que todos los conceptos que

⁵ La caducidad se definió en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

»En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

»Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

»La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».

componen la limitación para contratar –como es el caso de los actos de corrupción– estén determinados, cuestionándose si la inexistencia en el Código Penal de ellos desconoce el requerimiento; no obstante, la Corporación admitió, en la sentencia C-434 de 2013, la posibilidad de que al ser determinable a partir de otras disposiciones del ordenamiento jurídico se ajuste a la Constitución⁶.

Para soportar la conclusión, resalta la existencia de instrumentos jurídicos que contribuyen a dotar de contenido al concepto. En primer lugar, la «Convención Interamericana contra la Corrupción», incorporada mediante la Ley 412 de 1997, la cual describe en el artículo VI diferentes conductas que se constituyen como tal, siendo, entre otras: *i)* el requerimiento o aceptación, directa o indirecta, por parte de un funcionario o persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad, a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en ejercicio de sus funciones; *ii)* la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza tales funciones de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; *iii)* el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el artículo; y *iv)* la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el artículo.

En segundo lugar, la «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción», aprobada mediante la Ley 970 de 2005, que en el capítulo III – Penalización y aplicación de la ley– especifica las conductas que deben considerarse como actos de este tipo, las cuales comprenden: *i)* soborno de funcionarios públicos nacionales –artículo 15–; *ii)* soborno de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales públicas –artículo 16–; *iii)* malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público –artículo 17–; *iv)* tráfico de influencias –artículo 18–; *v)* abuso de funciones –artículo 19–; *vi)* enriquecimiento ilícito –artículo 20–; *vii)* soborno en el sector privado –artículo 21–; *viii)* malversación o peculado de bienes en el sector privado –artículo 22–; *ix)* blanqueo del producto del delito –artículo 23–; *x)* encubrimiento –artículo 24–; *xi)* obstrucción de la justicia –artículo 25–; *xii)* responsabilidad de las personas jurídicas –artículo 26–; y *xiii)* participación y tentativa –artículo 27–.

En tercer lugar, la Ley 1474 adicionó tipos penales al Código Penal, como la estafa con recursos del sistema de seguridad social –artículo 15–; la especulación

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 3013. MP. Alberto Rojas Ríos.

con medicamentos o dispositivos médicos –artículo 19–; la corrupción privada – artículo 16–; la administración desleal –artículo 17–; la omisión de control en el sector de la salud, con el fin de ocultar o encubrir un acto de corrupción o la omisión en el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector –artículo 22–; el fraude de subvenciones mediante la obtención de ayuda mediante el engaño sobre las condiciones requeridas –artículo 26–; los acuerdos restrictivos de la competencia, con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual – artículo 27–; y el tráfico de influencias de particular sobre un servidor público – artículo 28–.

Finalmente, señaló la Corte Constitucional que la definición adoptada por el legislador implica una concepción dinámica de la corrupción, en la que se contempla la mutación de las formas en que se concreta, así como de la complejidad que adoptan; además, que esta deberá ser el fundamento conceptual para determinar los hechos punibles que sean manifestación del mismo en el ordenamiento colombiano, a efectos de la inhabilidad prevista en el literal acusado. Concluyó explicando que esos argumentos permitían entender que en el ordenamiento colombiano sí existen instrumentos que permiten determinar el significado de la expresión «hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles» por lo que no se aprecia que la misma implique un desconocimiento a las exigencias de tipicidad en materia penal que se derivan del principio de legalidad –artículo 29 de la Constitución–.

Conforme a las explicaciones de la Corporación, las conductas tipificadas como actos de corrupción están dispuestas en el ordenamiento, y será competencia de la entidad estatal identificar si los actos que dieron origen a la actuación administrativa son constitutivos de aquellos, y que, por lo tanto, incurrieron en la inhabilidad para contratar. Sin embargo, existe un cuestionamiento formulado por Dávila Vinuesa que será necesario contemplar: si se requiere de una sentencia penal en firme, que haya declarado culpable al interventor, o si, por el contrario, basta la constatación de la entidad de la simple *posibilidad* de su comisión. El autor interpreta que la intención del legislador no es esperar a la sentencia, sino que basta con el pronunciamiento administrativo, siempre que allí se pruebe plenamente. Se está completamente de acuerdo con dicha conclusión.

1.2. Constitucionalidad de la disposición: principio de non bis in idem

El siguiente examen de constitucionalidad que realiza la Corporación es el referido al principio de *non bis in idem*, del que hace parte el derecho al debido proceso, que conforme con la jurisprudencia, en su dimensión objetiva, consiste en la prohibición de que el legislador permita que un sujeto sea procesado y sancionado

más de una vez, ante una misma jurisdicción y por los mismos hechos. El cargo estudiado se basaba en que la inhabilidad es una consecuencia de naturaleza disciplinaria que, por consiguiente, sanciona por la misma causa y con el mismo objeto que el derecho disciplinario –artículo 53, Ley 734–, donde se castiga al interventor que no entregue información a la entidad, 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.

Para empezar, destacó que su alcance debe entenderse en armonía con la multiplicidad de regímenes de responsabilidad que existen en el ordenamiento, por lo que un mismo suceso puede revisarse y sancionarse en regímenes jurídicos diferentes⁷; resaltó que: «Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento [...], no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación “no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades”»⁸.

Se explicó que para que exista un desconocimiento del principio se requiere que concurra, necesariamente, la identidad de persona –sujeto pasivo–, identidad de causa e identidad de objeto. De forma que cuando la inhabilidad es producto de una sanción proveniente de otro ámbito del derecho –por ejemplo, fiscal, disciplinario o penal–, cumple, por lo menos, dos de las tres condiciones, existe equivalencia entre el sujeto y el objeto, por lo que, el aspecto de mayor análisis será la causa, relativa, entre otras cosas, a la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad o bien jurídico tutelado.

De esta forma, se reconoció que la inhabilidad –como todo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades– tiene como objeto la transparencia, eficiencia y moralidad de la actividad, mientras que las sanciones disciplinarias, fiscal y penal tienen finalidades diferentes entre sí y con el régimen de prohibiciones para contratar, por ejemplo, la disposición que coincide con aquellas tiene como objetivo la protección de los principios que guían la función pública⁹. En esos casos no se configura la violación al principio *non bis in idem*, pues si las normas tienen finalidades diferentes –la contractual y la disciplinaria– no concurren los tres requisitos referenciados, por lo que no se cumplen los presupuestos para que se configure la transgresión.

Afirmó que la aplicación de ambas, que tienen identidad de objeto y sujeto, vulneraría el principio de *non bis in idem*, pues una persona, por un mismo hecho,

⁷ Ibid.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 2013. Op. cit.

recibiría dos veces la misma sanción –aunque en proporciones diferentes, en la contractual 5 años y en la disciplinaria hasta 20–; prohibiendo que participe en la actividad contractual a partir de dos normas diferentes, por lo que la Corporación expuso que habría una afectación doble, y además idéntica, de los derechos fundamentales de un sujeto. La Corte destacó que, en su consideración, esa situación es contraria al principio de proporcionalidad, pues aunque ambas medidas, de forma independiente, son adecuadas para proteger la actividad contractual del Estado, en términos de eficiencia, transparencia y moralidad, pero, en conjunto, resultan innecesarias, pues se estaría protegiendo la misma actividad –bien jurídico– dos veces y con sanciones diferentes.

Para la Corporación, en abstracto, la protección simultánea de los bienes jurídicos no tiene inconvenientes constitucionales, sino fuera porque afecta derechos fundamentales, puesto que en esos términos resulta innecesaria y, por lo tanto, contraria a las exigencias del principio de proporcionalidad¹⁰. Para ella, la existencia de ambos regímenes es acorde a la Constitución, de allí que la decisión no podía ser la declaratoria de inexecutable, sino la armonización del caso en concreto, que respete los postulados de la norma superior; por ello, es necesario que se aplique el término de inhabilidad más largo, solamente la prohibición que resulte más gravosa, sin importar cual se impone primero. Determinó que esa forma de entender el principio implica un cambio jurisprudencial de la proporcionalidad de las sanciones, pues si bien siempre tuvo la misma premisa –la imposibilidad de imponer a la misma persona varias veces la misma *consecuencia*, por el mismo hecho–, no se entendía como un elemento del *non bis in idem*, sino como un principio autónomo.

1.3. Naturaleza jurídica de la causal

En cuanto a la naturaleza jurídica, el segundo literal k) del numeral 1 denomina directamente a la causal como inhabilidad. Dávila Vinuesa se refiere a ella como una inhabilidad en reiteradas ocasiones, pero no realiza ningún esfuerzo por identificar su clasificación, simplemente parece una afirmación irreflexiva. En este texto se sostendrá que es claro que el artículo 8, numeral 1, segundo literal k), de la Ley 80 de 1993 consagra una típica causal de inhabilidad de carácter sancionatorio; es decir, que se constituye *per se* como una sanción, al configurarse como el resultado del ejercicio de una conducta considerada gravosa por el legislador y merecedora de un reproche. Así pues, como producto de una conducta censurable –el incumplimiento del deber de información del interventor, en cualquiera de los casos señalados–, se impide que quienes la cometan participen en la contratación pública.

¹⁰ Ibid.

En la causal no se tiene en cuenta el concurso de dos calidades que tenga o ejerza una persona, donde se ponga en peligro la eficacia de la función pública – materia propia de las incompatibilidades, según se sostuvo en reiteradas ocasiones–. De ahí que, se penalizó, con diversas sanciones, la inobservancia de la obligación: *i)* en uno de los tres casos, se le hace solidario con el contratista por los perjuicios ocasionados, como se mencionó; *ii)* se define la conducta como falta gravísima en materia disciplinaria; y *iii)* se le restringe la capacidad para contratar con el Estado por un período de cinco años; circunstancia que el legislador encontró razonable y justificada, pero que constituye la pena más fuerte entre las descritas.

2. Procedimiento y acto administrativo

De acuerdo con la disposición, el término de la inhabilidad se cuenta a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente; no obstante, no es claro cómo se configura, pues aunque se establece que debe existir una declaración previa, no establece respecto a qué, o con qué reglas procedimentales se adelantará la actuación administrativa. Lo primero a resaltar es que debe surtirse esa etapa que culmine con la manifestación de la autoridad.

Por ello, es fundamental establecer mediante qué forma se debe adelantar la actuación, pues, en esencia, dependerá de la naturaleza de la misma. En este caso, se considera que la causal es una sanción y, por lo tanto, podría pensarse que debe surtirse el procedimiento sancionatorio del CPACA; sin embargo, se considera que la misma es producto del incumplimiento de una obligación, es decir, que se debe declarar el del contrato de interventoría, por una de las tres causas ya mencionadas, conllevando entonces a que se aplique el dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474, que definió que para hacerlo –declarar el incumplimiento–, se observará lo allí establecido.

La actuación culminará con un acto administrativo donde se declare el incumplimiento del interventor por omitir el deber de entregar información a la entidad contratante: *i)* el incumplimiento del contrato, *ii)* hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles y *iii)* situaciones que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Ahora, lo que no está definido en la disposición, por lo menos no de forma clara, es si en él se determinará, complementariamente y de forma textual, la inhabilidad, o si es responsabilidad de las entidades donde se presente posteriormente el contratista, identificar que tiene la limitación para presentarse y contratar.

En todo caso, una vez queda en firme el acto administrativo que declara el incumplimiento, se configura la inhabilidad y se define el momento a partir del cual

se empieza a contar el término de cinco años. De acuerdo con esto, no se requiere de un procedimiento especial o un acto administrativo independiente para imponer la inhabilidad; sin embargo, queda la duda de si en el mismo se tiene que especificar expresamente que el contratista queda inhabilitado. Existe una situación por analizar, ¿qué pasa cuando se analiza la validez del mismo? Si, por ejemplo, es anulado, entonces, automáticamente desaparecerá la inhabilidad; lo mismo ocurre cuando es la entidad la que decide revocarlo, entonces la prohibición dejará de existir, pues se pierde el fundamento.

Por otro lado, si al contratista se le declaró el incumplimiento en el procedimiento administrativo, y el acto que materializa la decisión se encuentra en firme –es decir, ya se notificó y resolvieron los recursos pertinentes–, y decide demandarlo, en el medio de controversias contractuales, es posible que solicite como medida cautelar la suspensión provisional del mismo. De ser así, y si el juez la decreta, es necesario identificar el efecto que se refleja en la prohibición para contratar con el Estado: la inhabilidad.

El efecto más importante de la suspensión es que ataca la presunción de legalidad y detiene sus efectos, provocando que no se pueda ejecutar el acto, pues lo excluye momentáneamente del ordenamiento jurídico. Como consecuencia, el acto estaría en firme–, pero no se puede aplicar, por lo que momentáneamente, y de forma provisional, la inhabilidad desaparece, hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo, en otras palabras, hasta que no exista una sentencia en firme. Cuando se presente la situación puede suceder una de dos cosas: *i*) que el juez decrete la nulidad del acto administrativo, o *ii*) que se niegue la pretensión de nulidad y se declare válido el acto administrativo y recobre plenamente sus efectos.

De encontrarse en el primer supuesto, no hay inconveniente, pues el acto dejó de existir y perdió sus efectos; por lo que el contratista mantiene su capacidad para contratar con el Estado. La dificultad se presenta en el segundo supuesto, cuando se declara válido el acto, pues pueden existir dos interpretaciones:

i) Que la inhabilidad se interrumpió al momento de la suspensión del acto administrativo y cuando se dicte la sentencia decretando la validez del acto, y quede en firme, comienza de nuevo la cuenta de los cinco años. Ahora bien, esta posición no es acorde con el principio de interpretación restrictiva de la inhabilidades y desconocería que el acto ya surtió efectos por un tiempo determinado, pues, siguiendo con el ejemplo, tendría la sanción por un tiempo mayor a los cinco años, lo que haría más gravosa la prohibición.

iii) Que la inhabilidad se interrumpió al momento de la suspensión del acto administrativo, y que cuando se dicte sentencia decretando la validez del acto, el término de la inhabilidad se reanuda, es decir, continúa en el tiempo que iba antes

del decreto de la medida cautelar, sin contar lo que transcurrió en el proceso judicial –intervalo en el que el acto estuvo suspendido y no tuvo efecto–. Esta es la interpretación que va más acorde con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pues se garantizaría una interpretación lógica y restrictiva de la norma que contiene la inhabilidad.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2° Edición. Bogotá: Legis, 2003. 921 p.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000. 635 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Quinta edición. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2005. 859 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

