

INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general. El régimen de inhabilidades 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 relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que “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”. La consagración de limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis en la moralidad.

INHABILIDAD – Relación de parentesco – Vínculo natural – Personas naturales

El literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina que son inhábiles para participar en procesos de contratación o suscribir contratos con entidades estatales “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”.

La citada inhabilidad tiene fundamento en las relaciones familiares o de parentesco, tales como los cónyuges o compañeros permanentes, así como aquellas personas respecto de las que se predicen relaciones de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado. Esa circunstancia implica que esa causal de inhabilidad se instituyó, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad en la participación en procesos de contratación de las denominadas personas naturales, esto es, sujetos de derechos y obligaciones de la especie humana unidos entre sí ya sea por vínculos naturales o jurídicos.

PARENTESCO – Clasificación – Consanguinidad – Afinidad – Grados

De otra parte y en relación al parentesco, conforme al Código Civil, este se clasifica en parentesco de consanguinidad o parentesco de afinidad. El parentesco de consanguinidad corresponde a la “[...] relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”. El parentesco de afinidad se refiere a la relación surgida entre una persona y los consanguíneos de su esposo, esposa o compañeros permanentes, según el caso. Es preciso señalar que la Corte Constitucional si bien declaró la inexistencia del parentesco de afinidad ilegítima, reconoció la vigencia de la denominada afinidad extramatrimonial.

En cuanto a los grados del parentesco se refiere, ya sea de consanguinidad o de afinidad, estos se cuentan en consideración al número de generaciones existentes entre las personas. De esta manera, esta causal de inhabilidad se configura, por ejemplo, respecto de los hermanos, abuelos y nietos, quienes se encuentran en el segundo grado de consanguinidad. Mientras que, en segundo grado de afinidad están los hermanos (cuñados), abuelos y nietos del cónyuge o compañero(a) permanente.



Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señor

Juan David Castillo Ortiz

castillo_ortiz@msn.com

Neiva, Huila

Concepto C-347 de 2023

Temas:

INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual / INHABILIDADES – Relación de parentesco – Vínculo natural – Personas naturales / PARENTESCO – Clasificación – Consanguinidad – Afinidad – Grados

Radicación:

Respuesta a consulta P20230706013000

Estimado señor Castillo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el 06 de julio de 2023.

1. Problema planteado

Usted plantea los siguientes interrogantes:

“1. ¿Existe la inhabilidad contemplada en el literal g) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, cuando se presentan en un mismo proceso de selección dos consorcios, dentro de los cuales uno de ellos es integrado por una persona natural, la cual es hermana del representante legal (ni socio ni accionista) de una persona jurídica que integra el otro consorcio?”



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

En otras palabras, es aplicable la causal cuando una persona natural integrante del consorcio A y representante del mismo es el hermano del representante legal de una persona jurídica integrante del consorcio B.

2. ¿Existe la inhabilidad contemplada en el literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, cuando se presentan en un mismo proceso de selección dos consorcios, dentro de los cuales uno de ellos es integrado por una persona natural, la cual es hermana del representante legal (ni socio ni accionista) de una persona jurídica que integra otro consorcio?

En otras palabras, es aplicable la causal cuando una persona natural integrante del consorcio A y representante del mismo es el hermano del representante legal de una persona jurídica integrante del consorcio B". [sic]

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, atinente a las temáticas de la contratación estatal relacionados en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad sólo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual de esta Agencia dentro de los límites de sus atribuciones –esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, se analizarán los siguientes temas: i)

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general".



régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y ii) la inhabilidad de las personas por vínculos naturales o jurídicos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-639 del 27 de octubre del 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020 C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio del 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022, C-252 del 30 de mayo de 2022, C-001 del 14 de febrero de 2023 y el C-175 del 4 de mayo de 2023, analizó los contornos generales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal². Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta lo consultado.

2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Reiteración de línea

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades 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 relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que “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

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoria de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>



requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”³.

La consagración de limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar 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 Estado:

“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 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”⁴.

Así las cosas, 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. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”⁵.

Además, la Corte Constitucional explica que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República a la luz del artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

“Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)”⁶.

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Ibidem.



sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia⁷.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁸ establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Ley 80 de 1993: "Artículo 8: 1o. 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) 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) 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) 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.
- 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.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado 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 contado 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) 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 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.

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, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. También 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. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

[...]

2o. 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 solo 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) 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) 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) 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". (...).

una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

Igualmente, en la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁹ como en el de las entidades exceptuadas de aquel¹⁰. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012¹¹–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales¹².

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas¹³, ii) de vínculos personales relativos

⁹ Ley 80 de 1993: "Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más".

¹⁰ Código Civil: "Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz.

[...]

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra".

¹¹ Decreto Ley 19 de 2012: "Artículo 221. El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes".

¹² En tal sentido, José Luis Benavides comenta que "Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)" (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

¹³ Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: "Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados" (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); "Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad" (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93; "Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado" (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93; "Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales,



al parentesco o al estado civil¹⁴ o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado¹⁵. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado¹⁶. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las Entidades Estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos¹⁷.

De otro lado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes, obras y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente una

durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales" (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19.

¹⁴ Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: "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" (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93.

¹⁵ Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: "Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) 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 [...]" (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16; "Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante" (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011).

¹⁶ Como las señaladas a continuación: "Los servidores públicos" (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93; "Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad" (art. 5, Ley 1474/11).

¹⁷ En esta línea Dávila Vinueza Expresa: "El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen despreviendo podrían sugerir ideas diferentes y en consecuencia, efectos también distintos. Sin embargo, se trata de conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas. En nada afecta el calificar una causal con denominación diferente a la empleada en el texto legal, cuando mucho se criticará la falta de precisión. Ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se general para una y otra son exactamente los mismos. Incluso se podría afirmar que ante la semejanza de las figuras, conviene emplear un único vocablo, con lo cual serían innecesarias los intentos y las elucubraciones y explicaciones, algunas novedosas que podrían ensayarse". (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148).



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

naturaleza sancionatoria o “neopunitiva”¹⁸. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*¹⁹, pues 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 seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, que “[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”²⁰. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, 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”²¹. En tal sentido, la Sección Tercera 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

¹⁸ BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

¹⁹ *Ibidem*. p. 69.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.



que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento”²².

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 se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); [...]”²³.

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. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad²⁴.

2.2. La inhabilidad de las personas por vínculos naturales o jurídicos. Reiteración de línea

Retomando la línea anterior, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, “[...] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos”²⁵. En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que “[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e

²² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: “[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran” (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149).



interpretación restrictivas [...]”²⁶. En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

En ese contexto, resulta a bien señalar que el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina que son inhábiles para participar en Procesos de Contratación o suscribir contratos con Entidades Estatales “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”. Similar prohibición, se encuentra en el literal h) del numeral 1 *ibidem*, cuando la participación simultánea en el proceso es de sociedades, distintas a las sociedades anónimas abiertas.

Dichas inhabilidades tienen fundamento en las relaciones familiares o de parentesco, tales como los cónyuges o compañeros permanentes, así como aquellas personas respecto de las cuales se predicen relaciones de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado. Esto implica que las referidas causales de inhabilidad se instituyen, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad en la participación en Procesos de Contratación de las denominadas personas naturales²⁷, esto es, sujetos de derechos y obligaciones de la especie humana unidos entre sí, ya sea por vínculos naturales o jurídicos²⁸.

Los cónyuges son aquellas personas vinculadas entre sí a través del contrato de matrimonio²⁹, que puede ser civil o religioso. Mientras que los compañeros permanentes son aquellas personas que integran una comunidad de vida, sin estar casados, denominada unión marital de hecho³⁰. Tratándose de compañeros permanentes, la Corte Constitucional extendió los efectos de la inhabilidad objeto de estudio a las parejas del mismo sexo, considerando la protección o salvaguarda del principio de igualdad, para lo cual explicó que:

“[...] la situación de los integrantes de las parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes y no se aprecia ninguna razón para establecer una diferencia de trato.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

²⁷ Código Civil: “Artículo 33. Palabras relacionadas con las personas. La palabra persona en su sentido general se aplica(rá) a la especie humana, sin distinción de sexo”.

²⁸ Constitución Política de Colombia: “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

²⁹ Código Civil: “Artículo 113. Definición. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

³⁰ Ley 54 de 1990: “Artículo 1. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.



Así, en la medida en que entre los integrantes de parejas del mismo sexo surge un vínculo especial, basado en relaciones de afecto y de apoyo mutuo, y siendo ese el criterio empleado por el legislador en las disposiciones demandadas, la exclusión injustificada de estas personas de entre los destinatarios de tales disposiciones resulta contraria a la Constitución por desconocer el principio de igualdad³¹.

De otra parte, en relación con el parentesco, conforme al Código Civil, este se clasifica en parentesco de consanguinidad o parentesco de afinidad. El parentesco de consanguinidad corresponde a la “[...] relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”³². El parentesco de afinidad se refiere a la relación surgida entre una persona y los consanguíneos de su esposo, esposa o compañeros permanentes, según el caso³³. Es preciso señalar que la Corte Constitucional si bien declaró la inexistencia del parentesco de afinidad ilegítima, reconoció la vigencia de la denominada afinidad extramatrimonial. Para estos efectos, sostuvo:

“En primer lugar, si el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce, en un pie de igualdad, la familia constituida por vínculos “naturales o jurídicos”, no se ve cómo la inexistencia del matrimonio origine una “consanguinidad ilegítima”, entendiéndose ésta como ilícita.

[...]

Expresamente se advierte que la declaración de inexistencia de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo³⁴.”

En cuanto a los grados del parentesco se refiere, ya sea de consanguinidad o de afinidad³⁵, estos se cuentan en consideración al número de generaciones existentes entre las personas. De esta manera, esta causal de inhabilidad se configura, por ejemplo, respecto de los hermanos, abuelos y nietos, quienes se encuentran en el segundo grado de consanguinidad. Mientras que, en segundo grado de afinidad están los hermanos (cuñados), abuelos y nietos del cónyuge o compañero(a) permanente.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³² Código Civil: “Artículo 36”.

³³ Código Civil: “Artículo 36”.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 595 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

³⁵ Código Civil: “Artículo 37. Grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”.

[...]

³⁶ Artículo 47. Afinidad legítima. [...] La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo [...].”



La Corte Constitucional justifica estas inhabilidades en la medida que garantizan la competencia en igualdad de oportunidades para los proponentes que participan en los Procesos de Contratación, así como la selección objetiva del contratista que se traduce en la obtención de mejores condiciones en la celebración del negocio jurídico propuesto por la Entidad Estatal contratante, materializándose los fines de la contratación estatal, especialmente, la satisfacción del interés general. *Contrario sensu*, en virtud de la lealtad e intimidad propias de las relaciones familiares, la participación en Procesos de Contratación de personas unidas por vínculos familiares frustran la igualdad de oportunidades entre los participantes, así como la obtención de mejores condiciones de contratación para el Estado, pues los miembros de una misma familia pueden concertar entre sí con el propósito de hacerse al contrato y obtener un provecho económico, en perjuicio tanto de los demás participantes como del Estado, y en contravía de los principios que rigen la contratación pública y la función administrativa, especialmente, los de transparencia y moralidad. Por esas razones, la jurisprudencia explica que:

“Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación”³⁶.

A su vez, el Consejo de Estado reconoce que, si bien estas inhabilidades son una limitación a la libertad negocial de las personas, las mismas se justifican en la medida que previene la utilización de factores de poder, consecuencia de relaciones familiares, cuyo propósito es obtener un provecho económico individual, en perjuicio del interés general que prevalece en el ejercicio de la función pública³⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de la consulta, resulta importante aclarar en lo concerniente a los proponentes plurales, que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define al consorcio y a la unión temporal como la unión de dos o más personas que presentan la misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, pero su responsabilidad por las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato es diferente³⁸.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Rad. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁸ Ley 80 de 1993: “Artículo 7. De los consorcios y uniones temporales.

Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.



Por su parte, la Corte Constitucional señala que el consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado como un instrumento de cooperación entre empresas, que les permita unir esfuerzos para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica³⁹.

De esta manera, la Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas naturales o jurídicas se agrupen para la presentación de una propuesta y la celebración de un contrato con una Entidad Estatal, conservando su individualidad jurídica, es decir que el proponente plural no es una persona jurídica, y los requisitos habilitantes deben ser evaluados respecto de cada miembro, sin que ello desconozca la finalidad de esta figura, que es unir esfuerzos para la ejecución del objeto contractual.

Así pues, respecto de la capacidad jurídica, que es un requisito habilitante, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, y que se relaciona directamente con las inhabilidades e incompatibilidades, teniendo en cuenta que son un límite a la capacidad, que permite ofertar y contratar, esta debe ser evaluada respecto de cada miembro del proponente plural. En consecuencia, el Consejo de Estado, Sección Tercera, estableció lo que sucede con un consorcio o unión temporal cuando uno de sus miembros está inhabilitado, es decir que no tenga capacidad para presentar oferta y/o contratar:

“Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades.

Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado”⁴⁰.

Bajo esa orbita, se precisa que la citada inhabilidad se predica de las personas que ostentan vínculos en los términos expuestos y que presenten formalmente ofertas en un proceso de contratación después que lo ha hecho su esposo, esposa, compañero(a) permanente o algún pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Es por eso que en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015, se dispuso que la Entidad Estatal contratante dejará constancia de la fecha y hora en que recibió las correspondientes

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 414 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Rad. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón.



ofertas, para establecer cuál fue la primera en el tiempo y/o cual(es) se encuentra(n) inhabilitada(s) acorde al literal g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, debido a que el régimen de inhabilidades se interpreta de manera restrictiva, las causales de inhabilidad dispuestas en el literal g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se refiere solamente de personas naturales, sin que exista posibilidad de extender su aplicación a personas jurídicas, entendidas estas últimas como sujetos capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones⁴¹, cuya capacidad está determinada por su objeto social⁴².

De igual manera, esas causales de inhabilidad también se refieren a las personas naturales que integran sociedades distintas a las anónimas, proponentes plurales, consorcios o uniones temporales, así como la persona designada como representante de estos, ya que estas formas de asociación no constituyen una persona jurídica diferente o independiente los miembros que los integran, lo cual implica, que la sociedad distinta a las anónimas, el consorcio o unión temporal serán inhabilitados en un proceso de contratación, cuando uno de sus integrantes o representante designado se encuentra en alguna de las relaciones de parentesco determinadas en las mencionadas disposiciones.

En ese sentido, para acreditar que los proponentes no se encuentran incurso en inhabilidades, es válido que las Entidades Estatales, al adelantar procesos de selección, exijan a los proponentes, declaraciones en las que, bajo la gravedad de juramento, manifiesten no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Ello ciertamente corresponde una forma viable para demostrar el hecho al que se refiere, al ser el juramento un medio de prueba válido a la luz de las normas procesales⁴³. La negación en la que consiste tal declaración, siempre que sea formulada de forma fidedigna o general, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o aludiendo específicamente a a los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cobijan el supuesto de hecho al que se refiere dicha norma. En ese sentido, el proponente mediante tal declaración acredita no estar incurso en las inhabilidades bajo estudio.

⁴¹ Código Civil: "Artículo 633. Definición de persona jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

⁴² Código de Comercio: "Artículo 99. Capacidad de la sociedad. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

⁴³ En el marco del procedimiento administrativo general, previsto en los artículos 34 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 40 de dicha norma señala que: "Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil". Al respecto, la Ley 1564 de 2012, que subrogó el Código de Procedimiento Civil adoptando el Código General del Proceso, señala en su artículo 165 que: "Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

Es posible acudir a las disposiciones anteriores en relación con los procedimientos administrativos de selección, en virtud de la remisión que realiza el artículo 77 de la Ley 80 de 1993: "Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil".



No obstante, tal declaración no exime a la Entidad Estatal del deber de ejercer la potestad verificadora que le compete, respecto de la acreditación de la capacidad jurídica, en lo atinente a las inhabilidades de los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 *ibidem*, cuando en el marco de la evaluación de las propuestas, se tienen dudas en relación con la configuración de dicha inhabilidad. En ese sentido, en primer lugar, si en el marco de la evaluación de ofertas, antes de la publicación del respectivo informe, la Entidad Estatal tiene conocimiento de circunstancias que le indiquen la eventual configuración de la respectiva inhabilidad, tiene posibilidad de solicitar a los proponentes el esclarecimiento de dicha circunstancia, exigiendo las explicaciones y aclaraciones que sean procedentes.

En ese contexto, como se indicó anteriormente, al ser capacidad jurídica un requisito habilitante, ante la ausencia de claridad en su acreditación, procede la regla de subsanabilidad prevista en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Conforme a esta, hasta el término de traslado del informe de evaluación, la Entidad Estatal tiene la posibilidad de solicitar a los proponentes los medios de prueba necesarios para verificar la configuración o no de las circunstancias y condiciones sancionadas con la inhabilidad, que confirmen o desvirtúen la negación indefinida hecha bajo la gravedad de juramento relativa a no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades.

Sin perjuicio de lo anterior, también es posible que la configuración de la inhabilidad se evidencie en un estado más avanzado del proceso de selección, lo cual tampoco obsta para que la Entidad Estatal ejerza su potestad verificadora y descalifique la oferta del proponente afectado por la inhabilidad. Ello puede suceder si, por ejemplo, en el marco de las observaciones al informe de evaluación algún proponente pone de presente la configuración de la inhabilidad, suministrando información o documentación que así lo indique. En este caso, la entidad también debe verificar la configuración de la inhabilidad.

3. Respuesta

“1. ¿Existe la inhabilidad contemplada en el literal g) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, cuando se presentan en un mismo proceso de selección dos consorcios, dentro de los cuales uno de ellos es integrado por una persona natural, la cual es hermana del representante legal (ni socio ni accionista) de una persona jurídica que integra el otro consorcio?

En otras palabras, es aplicable la causal cuando una persona natural integrante del consorcio A y representante del mismo es el hermano del representante legal de una persona jurídica integrante del consorcio B.

2. ¿Existe la inhabilidad contemplada en el literal h) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, cuando se presentan en un mismo proceso de selección dos consorcios, dentro de los cuales uno de ellos es integrado por una persona natural, la cual es hermana del representante legal (ni socio ni accionista) de una persona jurídica que integra otro consorcio?



En otras palabras, es aplicable la causal cuando una persona natural integrante del consorcio A y representante del mismo es el hermano del representante legal de una persona jurídica integrante del consorcio B". [sic]

De manera preliminar es pertinente indicar, que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación y compras públicas relacionadas con la aplicación de normas de carácter general. Por ello, esta competencia no puede extenderse a la resolución de casos particulares, brindar asesorías o validar las actuaciones de las Entidades Estatales, toda vez que ello desborda las atribuciones asignadas a esta entidad por el legislador extraordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, como se indicó en el considerando de este concepto, las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil, o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado.

Bajo esa órbita, debido a que el régimen de inhabilidades se interpreta de manera restrictiva, las causales de inhabilidad dispuestas en el literal g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se refiere solamente de personas naturales, sin que exista posibilidad de extender su aplicación a personas jurídicas, entendidas estas últimas como sujetos capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, cuya capacidad está determinada por su objeto social.

Sin embargo, esas causales de inhabilidad también se refieren a las personas naturales que integran sociedades distintas a las anónimas, proponentes plurales, consorcios o uniones temporales, así como la persona designada como representante de estos, ya que estas formas de asociación no constituyen una persona jurídica diferente o independiente los miembros que los integran, lo cual implica, que la sociedad distinta a las anónimas, el consorcio o unión temporal serán inhabilitados en un proceso de contratación, cuando uno de sus integrantes o representante designado se encuentra en alguna de las relaciones de parentesco determinadas en las mencionadas disposiciones.

Finalmente, para los efectos se aclara que las Entidades Estatales dentro del marco de sus funciones y competencias, ejercerán su potestad verificadora respecto de la acreditación de la capacidad jurídica, en lo atinente a las inhabilidades dispuestas en los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, la entidad, en el ejercicio de su potestad verificadora, descalificará las ofertas de los proponentes que sí se encuentren afectados por dichas inhabilidades.



Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2-06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

