

Concepto C – 225 de 2023

Temas: INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual / CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / EXCEPCIONES – Inhabilidades – Incompatibilidades – Artículo 10 – Ley 80 de 1993 / EXCEPCIONES – Inhabilidades – Incompatibilidades – Obligación legal / EXCEPCIONES – Inhabilidades – Incompatibilidades – Obligación legal – Celebrar contratos – Usar bienes o servicios – Que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes / EXCEPCIONES – Inhabilidades – Incompatibilidades – Personas jurídicas sin ánimo de lucro – Representantes legales – Juntas o consejos directivos – Cargo – Mandato legal / EXCEPCIONES – Inhabilidades – Incompatibilidades – Desarrollo – Artículo 60 – Constitución política

Radicación: Respuesta a consulta P20230526011674

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 la consulta radicada el 25 de mayo de 2023.

1. Problemas planteados

Usted solicita “(...) un lineamiento conceptual sobre el alcance del artículo (10mo de la Ley 80 de 1993 (...))”, según afirma, para “(...) conocer la óptica conceptual de la Agencia



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

Nacional de Contratación Pública como Ente rector en materia de contratación pública, respecto del alcance y aplicabilidad del artículo 10mo de la Ley 810 (sic) de 1993 (...)."

2. Consideraciones

Para responder los problemas planteados, se abordarán los siguientes temas: i) régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, ii) límites de la capacidad contractual en relación con la reserva de ley, y la interpretación restrictiva de estas disposiciones, y iii) las "Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades".

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-126 del 24 de abril de 2023, C-175 del 4 de mayo de 2023, y C-208 del 20 de junio de 2023 analizó los contornos generales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal¹. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente de acuerdo con las preguntas realizadas.

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

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

¹ Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



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”².

La consagración 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”³.

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:

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”⁴.

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)”⁵.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Ibidem.



FORMATO PQRSUD

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 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 transparencia⁶.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁷ 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 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.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ 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". (...).



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.COLOMBIACOMPRAS.GOV.CO

2.2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley

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 Pública⁸ como en el de las entidades exceptuadas de aquel⁹. 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 2012¹⁰–, 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 estatales¹¹.

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 impuestas¹², ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil¹³ o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado¹⁴.

⁸ 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".

⁹ 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".

¹⁰ 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".

¹¹ 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).

¹² 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 Sociedad 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 cónyuge, compañero o compañera 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, 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.

¹³ 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 grado 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 grado 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 grado 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 desempeño cargo de dirección o manejo" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93).

¹⁴ 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).



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

. 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 Estado¹⁵. 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, como se desarrolló en el numeral 2.1. de este concepto. 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 jurídicos¹⁶.

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 naturaleza sancionatoria o “neopunitiva”¹⁷. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa,

80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011).

¹⁵ 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).

¹⁶ En esta línea DÁVILA VINUEZA Expresa: “El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevencido 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 innecesarios 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).

¹⁷ 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.



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.COLOMBIACOMPRAGOV.CO

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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*¹⁸, 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”¹⁹. 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”²⁰. 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 que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento”²¹.

También ha dicho que:

¹⁸ *Ibidem*. p. 69.

¹⁹ 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.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).



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

“[...] 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.); [...]”²².

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 legalidad²³

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, 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”²⁴ 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 interpretación restrictivas [...]”²⁵. 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.

2.3. Excepciones a la configuración de inhabilidades e incompatibilidades. Alcance del artículo 10 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 contempla unas excepciones a la configuración de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Para estos efectos, el

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

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ 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.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

artículo dispone cuatro supuestos en los cuales el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no tiene aplicación. En efecto, en los eventos allí señalados por más que un sujeto tenga una incompatibilidad o esté inhabilitado, la norma le otorga la capacidad para celebrar los negocios estatales. Al respecto, el artículo consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 10.- *De las Excepciones a las Inhabilidades e Incompatibilidades.* No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”.

Como se aprecia, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 describe cuatro posibles circunstancias en las cuales, las personas a pesar de encontrarse en una situación de inhabilidad o incompatibilidad pueden celebrar contratos estatales. Al respecto, la norma señala que no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las siguientes personas: *i) quienes contraten por obligación legal, ii) las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, iii) las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, y iv) quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.*

A continuación, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– analizará cada uno de los cuatro supuestos contenidos en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, bajo los cuales las personas que celebran contratos con el Estado no transgreden el ordenamiento jurídico aun estando incurso en inhabilidad e incompatibilidad, y el servidor público que contrata con estas no incurre en falta disciplinaria.

En relación el primer supuesto contenido en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, según el cual, se exceptúan del régimen de inhabilidades e incompatibilidades *“las personas que contraten por obligación legal”*, el enunciado conlleva a indagar sobre el alcance de la expresión *“obligación legal”*. Sobre el particular, es pertinente mencionar que no existe una definición normativa de dicha expresión, por lo tanto, conviene referirnos al sentido literal de cada una de las palabras que la componen. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *“Obligación”* se define como: *“1. Aquello que alguien*



FORMATO PQRSU

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

está obligado a hacer”²⁶, por otra parte, la doctrina ha definido ese término como el “vínculo jurídico en virtud del cual una persona le puede exigir a otra una prestación de dar, hacer o no hacer”²⁷. En relación con la palabra “Ley”, tenemos que esta se establece en el artículo 4 del Código Civil como la declaración de la voluntad soberana con el carácter general de mandar, prohibir, permitir o castigar. De esta forma, tenemos que el vocablo “Obligación legal”, se trata de una manifestación de voluntad soberana del Estado dirigida a ordenar, permitir o prohibir acciones de sus gobernados²⁸.

De esta manera, una excepción a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, se presenta, cuando la ley así lo dispone, razón por la que su cumplimiento no se puede condicionar a que una persona -natural o jurídica- se encuentre inhabilitada o sea incompatible para celebrar contratos. Así, aun cuando la persona está inhabilitada para celebrar contratos con el Estado, la Ley le impone la obligación de contratar.

Sobre la excepción “obligación legal” en concepto de radicado 976-97 del 21 de abril de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado se pronunció en relación con la posibilidad de que un municipio comprara unos terrenos de propiedad de un Senador de la República, sin incurrir en mala conducta por parte del alcalde y de inhabilitación por parte del Senador. Al respecto, la Sala indicó que, cuando un servidor público deba contratar con una entidad pública como consecuencia de una obligación legal, no se tendrá en cuenta la inhabilitación o incompatibilidad existente para contratar por razón del carácter de servidor público. Esto es, que el valor, principio o derecho consignado en la norma que obliga a contratar prevalece sobre el que sustenta el impedimento para hacerlo²⁹.

Ahora bien, en relación con la segunda excepción, contenida en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, que se presenta cuando, las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. Sobre esta prerrogativa, es pertinente mencionar que, esta exige que los bienes o servicios sean ofrecidos por las entidades estatales “(...) a que se refiere el presente estatuto”, es decir, aquellas definidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Asimismo, teniendo en cuenta que el elemento principal de la excepción es que los bienes y servicios ofrecidos por las entidades se den en condiciones comunes a quien lo solicite, la doctrina ha manifestado lo siguiente:

²⁶ Definición extraída del Diccionario de la Real Academia Española, disponible en el siguiente enlace: <https://www.rae.es/dpd/obligaci%C3%B3n>

²⁷ VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis, 2010, pág 5.

²⁸ Código Civil, artículos 4 y 1494.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 976-97 del 21 de abril de 1997. Mp Cesar Hoyos Salazar.



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

“(…) esta excepción mira básicamente a que las personas que están inhabilitadas por la ley para celebrar contratos con las entidades estatales puedan gozar de los servicios que presta el Estado para todas las personas, como son los servidores públicos. En este sentido, el artículo 134 de la Ley 142 de 1994, señala que cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tiene derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios. Cuando se habla de bienes, que se ofrezcan al público en igualdad de condiciones, permite que aun puedan adquirirse bonos o acciones de los que saquen al mercado la entidad. Tal expresión, no habilita al funcionario, por ejemplo, para adquirir los bienes que se den en pública subasta, pues el procedimiento de selección que allí se sigue apareja el manejo de intereses que contravienen el espíritu de la contratación”³⁰.

Conforme con lo anterior, la excepción de celebrar contratos para usar bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, significa que los bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de igualdad, como por ejemplo los servicios públicos domiciliarios, los servicios hospitalarios, pueden ser adquiridos por personas que se encuentran inhabilitados en relación con otros contratos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 11001-03-06-000-2012-00060-00(2.113) del 25 de octubre de 2012, sobre los bienes y servicios ofrecidos por el Estado en condiciones comunes a quienes lo solicitan, expresó que la aplicación de esta excepción exige que se reúnan los siguientes dos elementos:

“La uniformidad en las condiciones contractuales, esto es que el contrato no sea objeto de negociación, en tanto que es igual y estandarizado para el público en general; y

La posibilidad de acceso al contrato a todo el que lo solicite, lo que supone que no hay escogencia por parte de la entidad estatal entre posibles oferentes o interesados, que una vez escogidos excluyen a los demás; la excepción en cuestión tiene como supuesto que el goce de los bienes y servicios es una facultad de todos “quienes los soliciten”, de manera que el parentesco y otras causas de inhabilidad se vuelven inaplicables; ello, claro está, sin perjuicio del cumplimiento por parte del interesado de los requisitos y condiciones generales establecidas previamente para solicitar dichos bienes y servicios”³¹.

Asimismo, en el concepto señalado, la corporación manifestó que cuando se den las condiciones indicadas, no hay riesgo para la transparencia e imparcialidad de la

³⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez. 2020, pág. 169.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 11001-03-06-000-2012-00060- 00(2.113) del 25 de octubre de 2012. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

contratación pública. Además, agregó que, aunque la excepción que se viene estudiante “(...) suele asociarse a la prestación de servicios públicos por parte del Estado, aunque podría aplicarse en otros eventos, siempre que se den las condiciones normativas anotadas”. Finalmente, en relación con el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conviene mencionar que en este se dispuso que el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 únicamente exceptúa los contratos que se refieren a bienes y servicios ofrecidos en condiciones uniforme por el Estado a cualquier persona que lo solicite, así, la prerrogativa no cobija los contratos de condiciones uniformes ofrecidos por los particulares al Estado,

De esta forma, puede afirmarse que, una de las exigencias para que aplique la segunda excepción del artículo 10 de la Ley 80 de 1993, es que los bienes o servicios los ofrezca el Estado, por lo que no podría entenderse que aplica cuando el particular se presenta a un procedimiento de selección o a una contratación directa, teniendo en cuenta que en ese evento, no hay libre acceso del público, ni mucho menos se está ante un servicio o bien ofrecido por una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues son estas entidades las que los requieren³².

En cuanto a la tercera excepción que se dispone en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se aplicará a “(...) las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario”. Del análisis de la prerrogativa señalada, se desprende, por una parte, un primer requisito que se refiere a “una persona jurídica sin ánimo de lucro”, lo que indica que esta excepción no incluye a las personas naturales ni a las personas jurídicas con ánimo de lucro.

El segundo requisito al que se refiere el enunciado es que las personas jurídicas sin ánimo de lucro tengan “representantes legales [que] hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal estatutario”. De esta forma, la finalidad de esta causal es excepcionar un sujeto que no podría contratar por la concurrencia de dos calidades, esto es, ser representante legal y miembro de junta o de consejo directivo. Asimismo, se destaca que, teniendo en cuenta que en la excepción se dispone mandato legal hace referencia a que una Ley en sentido formal deba ser la que define que el representante de una entidad deba formar parte de la junta o consejo directivo de una entidad estatal. Ahora bien, cuando el enunciado hace referencia a “estatutario” se considera que hace referencia a los estatutos de la entidad estatal “pues no tendría sentido que un mismo contratista se excepcione del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

³² Al respecto véase: RINCÓN RODRIGUEZ, Michelle. Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades: Quienes contraten bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–. [www.ceda.com.co](https://www.ceda.com.co/files/ugd/f56758_b136251a13ab4f8ab2ab3c047ab7a3f9.pdf). Disponible en el siguiente enlace: https://www.ceda.com.co/files/ugd/f56758_b136251a13ab4f8ab2ab3c047ab7a3f9.pdf



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

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

en sus actos de creación”³³. Por otra parte, en relación con la expresión “en virtud del cargo” “se considera que debe ser el cargo de miembro de la junta o consejo de la entidad estatal, de manera que sea una norma general la que establece el deber, y no una que provenga del mismo excepcionado”³⁴

Como ejemplo de esta tercera excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la doctrina señala que podría darse el caso que en virtud de la participación que tienen los usuarios en las juntas de las entidades prestadoras de servicios públicos, el representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro fuera elegida para representar a los usuarios. En tal caso, la persona jurídica sin ánimo de lucro no estará inhabilitada para contratar con la entidad a pesar de hacer parte de la junta su representante legal³⁵.

Finalmente, respecto de la última excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenida en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, “(...) quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”, conviene mencionar que el artículo constitucional al que se refiere la causal establece lo siguiente:

“ARTICULO 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia”.

Como se observa, el artículo 60 de la Constitución Política ordena que la ley reglamente las circunstancias dentro de las cuales se llevará a efecto el mandato de democratización de la propiedad accionaria que, estando radicada en cabeza del Estado, éste decida transferir a terceros, respecto de lo cual sólo señala que las acciones que se pretenda enajenar deberán ofrecerse bajo condiciones especiales a los trabajadores de la empresa cuya propiedad total o parcial se ha decidido vender. Bajo este supuesto de democratización de la propiedad accionaria, quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, no quedaran incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

3. Respuesta

³³ Al respecto véase: PALACIO GÓMEZ, Aura Sofia. Excepción a las inhabilidades e incompatibilidades: Persona jurídica sin ánimo de lucro cuyo representante legal sea miembro de junta o consejo directivo. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–. www.ceda.com.co. Disponible en el siguiente enlace: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefndmkaj/https://www.ceda.com.co/_files/ugd/f56758_054f572329034c7c9ddb047c1489c4b.pdf

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.



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

“(…) un lineamiento conceptual sobre el alcance del artículo (10mo de la Ley 80 de 1993 (...)).”

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 contempla unas excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. De esta forma, el artículo dispone cuatro supuestos en los cuales el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no tiene aplicación. Al respecto, la norma señala que no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las siguientes personas: *i) quienes contraten por obligación legal, ii) las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, iii) las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, y iv) quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.*

En relación el primer supuesto contenido en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, según el cual, se exceptúan del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, “las personas que contraten por obligación legal”, el enunciado conlleva a indagar sobre el alcance de la expresión “obligación legal”. Sobre el particular, es pertinente mencionar que no existe una definición normativa de dicha expresión, por lo tanto, conviene referirnos al sentido literal de cada una de las palabras que la componen. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “Obligación” se define como: “1. Aquello que alguien está obligado a hacer”³⁶, por otra parte, la doctrina ha definido ese termino como el “vinculo jurídico en virtud del cual una persona le puede exigir a otra una prestación de dar, hacer o no hacer”³⁷. En relación con la palabra “Ley”, tenemos que esta se establece en el artículo 4 del Código Civil como la declaración de la voluntad soberana con el carácter general de mandar, prohibir, permitir o castigar. De esta forma, tenemos que el vocablo “Obligación legal”, se trata de una manifestación de voluntad soberana del Estado dirigida a ordenar, permitir o prohibir acciones de sus gobernados³⁸.

Así las cosas, una excepción a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, se presenta, cuando la ley así lo dispone, razón por la que su cumplimiento no se puede condicionar a que una persona -natural o jurídica- se encuentre inhabilitada o sea incompatible para celebrar contratos. Así, aun cuando la persona está inhabilitada para celebrar contratos con el Estado, la Ley le impone la obligación de contratar.

³⁶ Definición extraída el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en el siguiente enlace: <https://www.rae.es/dpd/obligaci%C3%B3n>

³⁷ Velásquez Gómez, Hernan Dario. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis, 2010, pág 5.

³⁸ Código Civil, artículos 4 y 1494.



Ahora bien, en relación con la segunda excepción, contenida en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, que se presenta cuando, las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. Sobre esta prerrogativa, es pertinente mencionar que, esta exige que los bienes o servicios sean ofrecidos por las entidades estatales “(...) a que se refiere el presente estatuto”, es decir, aquellas definidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La excepción de celebrar contratos para usar bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, significa que los bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de igualdad, como por ejemplo los servicios públicos domiciliarios, los servicios hospitalarios, pueden ser adquiridos por personas que se encuentran inhabilitados en relación con otros contratos.

Puede afirmarse que, una de las exigencias para que aplique la segunda excepción del artículo 10 de la Ley 80 de 1993, es que los bienes o servicios los ofrezca el Estado, por lo que no podría entenderse que aplica cuando el particular se presenta a un procedimiento de selección o a una contratación directa, teniendo en cuenta que en ese evento, no hay libre acceso del público, ni mucho menos se está ante un servicio o bien ofrecido por una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues son estas entidades las que los requieren³⁹.

En cuanto a la tercera excepción que se dispone en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se aplicará a “(...) las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario”. Del análisis de la prerrogativa señalada, se desprende, por una parte, un primer requisito que se refiere a “una persona jurídica sin ánimo de lucro”, lo que indica que esta excepción no incluye a las personas naturales ni a las personas jurídicas con ánimo de lucro. El segundo requisito al que se refiere el enunciado es que las personas jurídicas sin ánimo de lucro tengan “representantes legales [que] hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal estatutario”.

Finalmente, respecto de la última excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenida en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, “(...) quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”, conviene mencionar que, el artículo constitucional ordena que la ley reglamente las circunstancias dentro de las cuales se llevará a efecto el mandato de democratización de la propiedad accionaria que, estando radicada en cabeza del Estado, éste decida transferir a terceros,

³⁹ Al respecto véase: RINCÓN RODRIGUEZ, Michelle. Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades: Quienes contraten bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes. Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-. www.ceda.com.co. Disponible en el siguiente enlace: https://www.ceda.com.co/files/ugd/f56758_b136251a13ab4f8ab2ab3c047ab7a3f9.pdf



FORMATO PQRSD

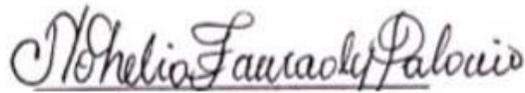
Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

respecto de lo cual sólo señala que las acciones que se pretenda enajenar deberán ofrecerse bajo condiciones especiales a los trabajadores de la empresa cuya propiedad total o parcial se ha decidido vender. Bajo este supuesto de democratización de la propiedad accionaria, quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, no quedarán incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



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

Elaboró: Carlos Mario Castrillón Endo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo
Revisó: Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Gabriel Mendoza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



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