

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 unas 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».

CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad

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 Pública como en el de las entidades exceptuadas de aquel. 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 2012–, 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 estatales.

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. De otro lado, las incompatibilidades 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 Estado.

INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva

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 sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*, 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 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.

CÓNYUGES – Inhabilidad – Fundamento – Relación familiar – Relación de parentesco – Vínculo natural – Vínculo jurídico – 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.

CÓNYUGES – Definición – Parejas – Mismo sexo

Los cónyuges son aquellas personas vinculadas entre sí a través del contrato de matrimonio, que puede ser civil o religioso. Mientras que los compañeros permanentes son aquellas personas que integran una comunidad vida, sin estar casados, denominada unión marital de hecho. 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 [...]

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 inexecutable 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.

INHABILIDADES – Ausencia – Acreditación – Verificación

[L] las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades afectan la capacidad jurídica, la cual constituye uno de los requisitos habilitantes en los procesos de selección. Esto implica que las entidades estatales, al evaluar los requisitos habilitantes de los oferentes, deben verificar que estos no se encuentren incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad que restrinjan su capacidad para participar en el proceso o celebrar contratos. Al respecto no existe norma que regule como debe acreditarse la ausencia de inhabilidades, por lo que existe libertad probatoria respecto de dicha circunstancia. En ese sentido, resulta válido que como anexo de la oferta se exijan declaraciones bajo la gravedad de juramento, en las que los oferentes den fe de no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. De acuerdo con esto, dicha declaración es un medio



de acreditación admisible para que el proponente demuestre no estar incurso en la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

No obstante, puede que a pesar de la referida declaración se presenten ofertas por parte de los sujetos cobijados por la referida inhabilidad, o se presenten dudas respecto de su configuración en el marco de la evaluación de las ofertas. Ante esta situación la entidad debe verificar si se configura o no la inhabilidad, para lo cual deberá acudir a los medios de verificación válidos para acreditar la condición en virtud de la cual opera la restricción a la capacidad para participar en el proceso.

INHABILIDAD – Vínculos naturales y jurídicos – Matrimonio – Cónyuges - Verificación – Tarifa legal – Registro del estado civil

En cuanto a la acreditación del matrimonio, de conformidad con el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, existe tarifa legal, por lo que la condición de cónyuge debe ser verificada con base en instrumentos procedentes del registro del estado civil, en los términos del artículo 101 de referido decreto. Esto implica que, para efectos de demostrar la configuración de la inhabilidad respecto de los cónyuges, será necesario consultar el registro del estado civil, por lo que, respecto de matrimonios no registrados en este, en principio, no se puede predicar la configuración de la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que entre quienes conforman una unidad de vida singular y permanente, pueda ser demostrada la calidad de compañeros permanentes.

INHABILIDAD – Vínculos naturales y jurídicos – Unión marital de hecho – Compañeros permanentes – Verificación – Ley 54 de 1990 – Artículo 4 – Tarifa legal

[E] esta Agencia considera que la verificación del supuesto de hecho del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en lo referente a las calidades de compañero y compañera permanente, debe realizarse conforme con los medios de prueba establecidos por el legislador para declarar la existencia de la unión marital de hecho. Lo anterior además se fundamenta en que aplicar la tesis de la libertad probatoria para demostrar la unión marital de hecho, haría que el proceso de selección se convirtiera en una instancia de decisión respecto de asuntos ajenos al mismo, para los cual además se adolece de competencia, ya que el examen de los medios de prueba para establecer si existe o no unión marital de hecho, no habiendo declaración de las partes conforme al artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–, es un asunto que incumbe al juez de familia y no a la entidad contratante. Esto quiere decir que, para que se configure la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se requiere que la existencia de la unión marital de hecho haya sido previamente declarada mediante los documentos señalados en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–.

No obstante, esta Agencia reconoce las dificultades en la definición de cuál postura debe primar, esto es, si la libertad probatoria o la que se ha defendido en las líneas anteriores. En todo caso, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que la postura expuesta previamente garantiza lo siguiente: i) es la que más se aviene con el contenido del artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–, que se refiere a los medios para declarar la existencia de la unión marital de hecho –no la sociedad patrimonial–, siendo este el argumento más relevante; ii) además, brinda seguridad jurídica a las entidades estatales respecto a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pues, aunque la unión marital sea una situación de hecho, la declaración de su existencia mediante los medios dispuestos por el legislador brinda certeza sobre su existencia; iii) es la interpretación que más se corresponde con la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, conforme lo expuesto en los numerales



2.1 y 2.2. de este concepto; iv) finalmente, aunque la Corte Constitucional ha defendido la tesis de la libertad probatoria para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, otorgando una interpretación particular del artículo 4 de la Ley 54 de 1990, lo ha realizado en desarrollo de procesos judiciales, «con la finalidad de debido proceso de quienes pretenden derivar de ella efectos tales como: reparaciones económicas, reconocimientos pensionales, beneficios de la seguridad social, exención del servicio militar obligatorio, entre otros» . Por lo anterior, esta Agencia considera que para verificar si un proponente o contratista se encuentra incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad la existencia de la unión marital de hecho debe haberse declarado por los medios dispuestos por el legislador, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–.



Bogotá, 12 Mayo 2021

N° Radicado: RS20210513004262

Señor
Matheo Restrepo Yepes
Medellín, Antioquia

Concepto C – 210 de 2021

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 / CÓNYUGES – Inhabilidad – Fundamento – Relación familiar – Relación de parentesco – Vínculo natural – Vínculo jurídico – Personas naturales / CÓNYUGES – Definición – Parejas – Mismo sexo / PARENTESCO – Clasificación – Consanguinidad – Afinidad – Grados / INHABILIDADES – Ausencia – Acreditación – Verificación / INHABILIDAD – Vínculos naturales y jurídicos – Matrimonio – Cónyuges - Verificación – Tarifa legal – Registro del estado civil / INHABILIDAD – Vínculos naturales y jurídicos – Unión marital de hecho – Compañeros permanentes – Verificación – Ley 54 de 1990 – Artículo 4 – Tarifa legal

Radicación: Respuesta a consulta P20210323002387

Estimado señor Restrepo,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de marzo de 2021.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas, relacionadas con la aplicación de la inhabilidad prevista en el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993:

«i) ¿Las entidades estatales deben verificar el registro civil de matrimonio de los proponentes en el marco de los procedimientos de selección?



ii) ¿Cómo se prueba la calidad de compañero permanente? ¿requiere la declaratoria por sentencia, conciliación o escritura pública?

iii) Si los cónyuges o compañeros permanentes no inscriben el matrimonio o la unión marital de hecho en el correlativo registro ¿entonces no aplica la inhabilidad del literal g)?».

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual; además de ello, ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Dicho estudio se puede apreciar en los conceptos con radicados No. 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-402 del 26 de junio de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C-592 del 14 de septiembre de 2020, C-551 de 24 de septiembre de 2020, C-709 del 7 de diciembre de 2020, C-721 de 14 de diciembre de 2020, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-047 del 8 de marzo de 2021, C-113 del 30 de marzo de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-178 del 28 de abril de 2021, entre otros. Particularmente, en los conceptos con radicados Nos. 4201913000008203 y 4201913000008006 del 20 de diciembre de 2019, C-273 del 21 de mayo de 2020 y C-721 del 14 de diciembre de 2020 se analizaron temas relacionados con la inhabilidad de personas por vínculos naturales o jurídicos, contemplada en el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se retoman a continuación.

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



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»¹.

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 Estado².

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

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



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. 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 Estado³.

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

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)⁴.

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 transparencia⁵.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁶ establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición

⁴ Ibídem.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ 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



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.

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». (...).



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.

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 Pública⁷ como en el de las entidades exceptuadas de aquel⁸. 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 2012⁹–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que,

⁷ 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».

⁸ 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».

⁹ 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».

eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales¹⁰.

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 impuestas¹¹, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil¹² o iii) de una actividad u oficio que se

¹⁰ 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).

¹¹ 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, 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).

¹² 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

desempeñó en el pasado¹³. 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 Estado¹⁴. 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

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).

¹³ 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).

¹⁴ 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).



procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos¹⁵.

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»¹⁶. 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*¹⁷, 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.

¹⁵ En esta línea Dávila Vinueza Expresa: «El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevenido 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ *Ibidem*. p. 69.

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»¹⁸. 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»¹⁹. 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 ordenamiento²⁰.

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.); [...]»²¹.

¹⁸ 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.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Mérida Valle De De La Hoz.

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 legalidad²².

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»²³. 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 [...]»²⁴. 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. Inhabilidad de personas por vínculos naturales o jurídicos

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».

²² Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ 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.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.



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 naturales²⁵, esto es, sujetos de derechos y obligaciones de la especie humana unidos entre si ya sea por vínculos naturales o jurídicos²⁶.

Los cónyuges son aquellas personas vinculadas entre si a través del contrato de matrimonio²⁷, 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 hecho²⁸. 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.

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 igualdad.²⁹

²⁵ 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».

²⁶ 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».

²⁷ 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».

²⁸ 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».

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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»³⁰. 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 caso³¹. Es preciso señalar que la Corte Constitucional si bien declaró la inexecutable 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 inexecutable 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 existiendo³².

En cuanto a los grados del parentesco se refiere, ya sea de consanguinidad o de afinidad³³, 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.

La Corte Constitucional justifica esta inhabilidad en la medida que garantiza la competencia en igualdad de oportunidades para los proponentes que participan en los

³⁰ Código Civil: «Artículo 36».

³¹ Código Civil: «Artículo 47. Afinidad legítima. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer [...]».

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 595 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

³³ 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».

[...]

«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 [...]».

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 que³⁴:

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.

A su vez, el Consejo de Estado reconoce que si bien esta inhabilidad es una limitación a la libertad negocial de las personas, la misma se justifica 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 pública³⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de la consulta, es necesario realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, como se estableció *ut supra*, las inhabilidades afectan la capacidad de las personas que participen en determinados procesos de selección, por lo que para participar en ellos es necesario que el proponente acredite no estar incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad. En ese sentido, corresponde al proponente demostrar que tiene la capacidad jurídica que constituye un requisito habilitante en el proceso de selección, lo cual implica acreditar que esta no se encuentra afectada por alguna causal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En principio, los proponentes deben acreditar su capacidad jurídica con el Registro Único de Proponentes –RUP–, documento que permite verificar diferentes multas, sanciones e inhabilidades en las que han incurrido los proponentes, en la medida en que

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Rad. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



dicho registro cuenta con la información reportada por las diferentes entidades estatales que celebran contratos³⁶. No obstante, puede que la información contenida en el RUP no sea suficiente para verificar algunas circunstancias relacionadas con los supuestos de hecho de algunas inhabilidades, tal como es el caso de la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, ya que el RUP no necesariamente contiene información sobre los vínculos naturales y jurídicos de las personas naturales.

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 luz de las normas procesales³⁷. La negación en la que consiste tal declaración, siempre que sea formulada de forma indefinida o general,

³⁶ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.6. Certificado del RUP. El certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP.

»Parágrafo Transitorio 1°. De conformidad con los parágrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del presente decreto, los requisitos e indicadores de la capacidad financiera y organizacional de que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto número 1082 de 2015 corresponderán a los últimos tres (3) años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente. En armonía con lo anterior, a partir del 1° de agosto de 2021, las cámaras de comercio certificarán la información de que tratan los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de este decreto.

»Parágrafo Transitorio 2°. El proponente con inscripción activa y vigente que reporte la información de la capacidad financiera y organizacional, señalada en los parágrafos transitorios 1° y 2° del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del presente decreto, deberá presentarla en el formato que las Cámaras de Comercio dispongan unificadamente para tal efecto».

³⁷ 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».



respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o aludiendo específicamente al literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cubija el supuesto de hecho al que se refiere dicha norma. En ese sentido, el proponente mediante tal declaración acredita no estar incurso en la inhabilidad bajo estudio.

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 la inhabilidad del literal g) 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 la posibilidad de solicitar a los proponentes el esclarecimiento de dicha circunstancia, exigiendo las explicaciones y aclaraciones que sean procedentes.

En ese sentido, al ser capacidad jurídica un requisito habilitante, ante la ausencia de claridad en su acreditación, procede la aplicación de 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 proceder a verificar la configuración de la inhabilidad, ya que de ser esta real, la propuesta a la que se refiere debe ser descalificada por inhábil.

2.3.1. Verificación de la condición de cónyuge

En cuanto a la demostración del supuesto de hecho del artículo 8, numeral 1, literal g) *Ibidem*, es necesario destacar que, dentro del mismo se contemplan condiciones relacionadas con el estado civil de las personas, ámbito en el que existen diferentes disposiciones normativas que regulan su acreditación, como es el caso de la condición de

cónyuge, la cual se predica de los contrayentes del contrato de matrimonio³⁸. Conceptuar sobre tales normas, en principio, excede la función consultiva de esta entidad, que conforme se desprende de los artículos 11, numeral 8, y 3, numeral del Decreto Ley 4170 de 2011, se limita a la expedición de conceptos sobre normas de carácter general en materia de contratación estatal. Sin embargo, ante relevancia de algunas normas alusivas a la acreditación del estado civil para aplicar la referida inhabilidad, se estima pertinente realizar algunas consideraciones al respecto en aras de responder al objeto de la consulta.

Al respecto debe mencionarse que la personalidad jurídica³⁹ de toda persona implica una serie de atributos que determinan el relacionamiento del individuo con la sociedad y el Estado, los cuales son inseparables del ser humano, e implican derechos y obligaciones⁴⁰. Uno de tales atributos, en el caso de las personas naturales, es el estado civil⁴¹. Este atributo se asocia a «*la imagen jurídica de la persona*»⁴², comprendiendo «[...]»

³⁸ Código Civil: «Artículo 115. Constitución y perfeccionamiento del matrimonio. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos.

»Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.

»Los acuerdos de que trata el inciso anterior sólo podrán celebrarse las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa.

»Artículo 116. Capacidad para contraer matrimonio. Las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente».

³⁹ Constitución Política de Colombia: «Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica».

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 del 22 de enero de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴¹ Con relación a los atributos de la personalidad jurídica, la CORTE CONSTITUCIONAL ha manifestado: «Tradicionalmente el ordenamiento continental los ha identificado como: (i) el nombre; (ii) la capacidad; (iii) el estado civil; (iv) el domicilio; (v) la nacionalidad; y (vi) el patrimonio. La jurisprudencia ha establecido que los atributos a la personalidad: (i) son una categoría jurídica autónoma heredada del derecho civil continental que tiene por finalidad vincular a la personalidad jurídica con el ordenamiento jurídico; (ii) está compuesto de seis atributos como son: el estado civil, la nacionalidad, el nombre, la capacidad, el patrimonio y el domicilio; (iii) existe una relación sine qua non entre la personalidad jurídica y sus atributos, pues estos suponen el reconocimiento de la esencia de la personalidad e individualidad; (iv) estas características son inseparables del ser humano, pues son el medio por el cual tiene alcance el derecho a la personalidad jurídica; así (v) como a derechos políticos, como el voto». Sentencia T-241 del 28 de junio de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 del 15 de mayo de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que la identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto de determinados derechos y obligaciones [por lo que] Dada la importancia de las calidades civiles de una persona, su constitución y prueba se realiza mediante inscripción en el registro civil»⁴³.

En Colombia, el registro del estado civil se encuentra regulado en el Decreto 1260 de 1970 «Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas». Según dicha norma el estado civil de una persona es la «[...] situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley». El origen del estado civil, según dicha norma, surge de hechos, actos y providencias que lo determinan⁴⁴.

Uno de los componentes del registro del estado civil es el de matrimonios⁴⁵. En dicho registro deben inscribirse las actas de matrimonio expedidas por autoridades religiosas en las que se dé fe de la celebración de matrimonios religiosos, así como las escrituras de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en el caso de matrimonios civiles⁴⁶.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 del 1 de marzo de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁴ Decreto 1260 de 1970: «Artículo 1º. El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

»Artículo 2. El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos».

⁴⁵ Decreto 1260 de 1970: «Artículo 8. El archivo del registro del estado civil se compone de los siguientes elementos:

- »1. El registro de nacimientos.
- »2. El registro de matrimonios.
- »3. El registro de defunciones.
- »4. Los índices de los registros de nacimientos, matrimonios y defunciones.
- »5. El libro de visitas, y
- »6. El archivador de documentos».

⁴⁶ Decreto 1260 de 1970: «Artículo 68. Inscripción del matrimonio. El matrimonio podrá inscribirse a solicitud de cualquier persona. En todo caso no se procederá al registro sino con vista en copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes, en el caso de matrimonio civil.

»Tales copias se archivarán y legajarán en orden sucesivo, numérico y cronológico, con anotación del folio de registro de matrimonios que respaldan.

»Las Actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil correspondiente al lugar de su celebración.

»Al acta de inscripción deberá anexarse certificación auténtica acerca de la competencia del ministro religioso que ofició el matrimonio».



En cuanto a la prueba del matrimonio, en tanto componente del estado civil, su prueba debe realizarse conforme al registro civil de matrimonio, sus libros, tarjetas, así como las copias y certificaciones que con base en él se expidan, que tienen el carácter de instrumentos públicos⁴⁷. De hecho, el artículo 106 del Decreto 1960 de 1970, establece una tarifa legal respecto de la acreditación del estado civil⁴⁸. Dicha norma determina que los hechos, actos y providencias relacionados con el estado civil, sujetos a registro –como es el caso del matrimonio– no son susceptibles de ser acreditados ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no han sido inscritos en el registro civil⁴⁹. Conforme a esto, el matrimonio, así como la condición de cónyuges de sus contrayentes, deben ser probadas mediante certificados de registro civil de matrimonio, que den cuenta de la celebración del mismo, los cuales constituyen el medio de prueba establecido por la ley para su demostración. No obstante, debe distinguirse entre el estado y civil y su prueba, sobre lo que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

[...] no puede confundirse el estado civil con la prueba del mismo, pues es innegable que son conceptos distintos. El primero surge por la ocurrencia de los hechos o actos que lo constituyen legalmente o por el proferimiento del fallo judicial que los declara; empero, esos hechos, actos o providencias que son la fuente del estado civil no son, per se, su prueba, precisamente porque éste se acredita mediante los documentos previstos y reglamentados con tal propósito por el ordenamiento jurídico. Desde luego que el legislador colombiano de antaño y de ahora, ha procurado que los hechos y actos constitutivos del estado civil estén revestidos de seguridad y estabilidad, por lo que los ha sometido a un sistema de registro y de prueba de carácter especial, caracterizado por la tarifa legal, distinto al régimen probatorio al que están sometidos los actos de carácter meramente patrimonial. De ahí que se ha ocupado de señalar cuáles son las pruebas idóneas para acreditarlo, como también de establecer minuciosamente lo concerniente con su registro en aspectos tales como los funcionarios competentes, el término y oportunidad de la inscripción, etc., regulación que ha ido evolucionando con las

⁴⁷ Decreto 1260 de 1970: «Artículo 101. El estado civil debe constar en el registro del estado civil. »El registro es público, y sus libros y tarjetas, así como las copias y certificados que con base en ellos se expidan, son instrumentos públicos».

⁴⁸ La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha establecido que «[...] para probar el estado civil de las personas el legislador previó el sistema de tarifa legal, de modo que únicamente puede probarse por medio de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos». Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de octubre de 2015. Exp. 2008-00426-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁴⁹ Decreto 1260 de 1970: «Artículo 106. Formalidad del registro. Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro».



diferentes disposiciones que sobre la materia han regido desde 1887. (Énfasis fuera de texto)⁵⁰

Conforme a lo anterior, la prueba del matrimonio debe realizar mediante el registro civil de matrimonio, el cual es mecanismo probatorio establecido por la ley, a efectos de probar dicho estado civil del que surge la condición de cónyuge. En ese sentido, los documentos como actas parroquiales, sentencias o escrituras, por sí solos, no son válidos a efectos de probar el matrimonio en tanto que de conformidad con el artículo 106 del Decreto 1960 de 1970, dicha condición debe ser probada con base en el registro civil. En consideración a esto, no registrar el matrimonio tiene el efecto de no permitir que dicho hecho sea acreditado de manera válida⁵¹. Esto, en lo atinente a la condición de cónyuge a la que se refiere el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, significa que, cuando sea necesario verificar la condición de cónyuge de un proponente respecto de otro, la entidad debe acudir al registro civil de matrimonio solicitando copias de los libros que lo integran o certificados expedidos conforme a estos.

De acuerdo con esto, la decisión de los cónyuges de no registrar el matrimonio tiene como efecto principal, la imposibilidad de no poderse acreditar el mismo hasta tanto no sea registrado. Tal circunstancia, de cara a la configuración de la causal de inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 *ejusdem*, implica que no puede entenderse que esta se configura cuando el matrimonio no ha sido registrado, pues tal como se estableció en los párrafos precedentes, respecto del mismo existe una tarifa legal que requiere su acreditación mediante un instrumento público procedente del registro del estado civil. En ese sentido, sin prueba válida del matrimonio no es posible demostrar la condición de cónyuge, lo que impide demostrar la configuración de la inhabilidad, máxime teniendo en cuenta la aplicación restrictiva que procede respecto de las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil - Familia. Sentencia del 17 de junio de 2011. Rad. No. 1998-00618-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁵¹ Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que el régimen del registro del estado civil, permite que cualquier persona registre el matrimonio, tal como se desprende del artículo 68 del Decreto 1260 de 1970, el cual reza: «Artículo 68. Inscripción del matrimonio. El matrimonio podrá inscribirse a solicitud de cualquier persona. En todo caso no se procederá al registro sino con vista en copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes, en el caso de matrimonio civil.

»Tales copias se archivarán y legajarán en orden sucesivo, numérico y cronológico, con anotación del folio de registro de matrimonios que respaldan.

»Las Actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil correspondiente al lugar de su celebración.

»Al acta de inscripción deberá anexarse certificación auténtica acerca de la competencia del ministro religioso que ofició el matrimonio».



2.3.2. Verificación de la calidad de compañero y/o compañera permanente

Por otro lado, la verificación de las calidades de compañero y compañera permanentes amerita un análisis distinto, considerando que la unión marital de hecho está regulada por normas diferentes a las que regulan el matrimonio. Al respecto debe consultarse la Ley 54 de 1990 que, en su artículo 1, define la unión marital de hecho como «[...] la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular». Seguidamente, el artículo 2 define algunos supuestos en los que se presume la existencia de sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes⁵², mientras que los artículos siguientes regulan distintos asuntos asociados con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

El artículo 4, modificado por la Ley 979 de 2005, establece unos mecanismos concretos para la declaración de la existencia de la unión marital de hecho. En efecto, la disposición establece que la existencia de la unión marital de hecho se declarará por escritura pública, por acta de conciliación o por sentencia judicial⁵³. No obstante, debe tenerse presente que la Corte Constitucional, para distintos efectos ha señalado que existe libertad probatoria para demostrar la existencia de unión marital de hecho. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal Constitucional:

[...] la Corte, en reiterados pronunciamientos, ha precisado que, para efectos de demostrar la existencia de la unión marital de hecho, opera un sistema de libertad probatoria en virtud del cual, dicho vínculo puede acreditarse a través de cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el CPC, hoy Código General del Proceso, en adelante, CGP. Por consiguiente, al no existir tarifa legal en esta materia, resultan válidos la declaración extrajuicio, el interrogatorio de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y *cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*.

⁵² Ley 54 de 1990: «Artículo 2. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

»a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

»b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho».

⁵³ Ley 54 de 1990. «Artículo 4. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

»1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

»2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

»3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia».



Lo anterior, por cuanto “la unión marital se rige fundamentalmente por los principios de informalidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, en tanto la relación emerge y produce efectos jurídicos con la sola voluntad de las personas de construir un proyecto de vida común, sin la necesidad de solemnizar y oponer la convivencia ante la sociedad”.

6.3. Sobre esa base, esta Corporación ha diferenciado entre los medios probatorios para acreditar la existencia de la *unión marital de hecho* –libertad probatoria– y los medios declarativos para los efectos económicos de la *sociedad patrimonial*, siendo estos últimos los contenidos en el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005, es decir, (i) *escritura pública ante notario*, (ii) *acta de conciliación debidamente suscrita* y (iii) *sentencia judicial*.

6.4. Así las cosas, para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, en orden a lograr consecuencias jurídicas distintas a la declaración de los efectos económicos de la sociedad patrimonial, se puede acudir a cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el ordenamiento procesal como lo son los testimonios o las *declaraciones juramentadas ante notario*. De allí que, exigir determinadas solemnidades para tales efectos, desconoce el principio de libertad probatoria que rige en la materia y, además, vulnera el derecho fundamental al debido proceso *de quienes pretenden derivar de ella efectos tales como: reparaciones económicas, reconocimientos pensionales, beneficios de la seguridad social, exención del servicio militar obligatorio, entre otros*⁵⁴.

Conforme con lo anterior, estima la Corte que existe libertad probatoria respecto de la acreditación de la unión marital de hecho, así como de las condiciones de compañero y compañera permanente, en lo no referente a los aspectos económicos de la sociedad patrimonial. No obstante, no resulta claro que tal libertad probatoria sea aplicable a efectos de verificar la configuración de la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Vista la jurisprudencia de la Corte Constitucional, expedida en ejercicio del control abstracto y concreto, se advierte que la misma ha sido proferida en relación con situaciones en las que, de la aplicación de la libertad probatoria o no, respecto de la demostración de la existencia de la unión marital de hecho, depende un derecho o una prerrogativa, por lo que en aras de la garantía de dichos derechos le ha dado una interpretación particular al artículo 4 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005, que, como se advierte de su literalidad, se refiere a la declaración de la existencia de la unión marital de hecho, no de la sociedad patrimonial⁵⁵. En este sentido,

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-247 del 17 de mayo de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Tesis reiterada en la sentencia C-131 del 28 de noviembre de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

cabe advertir como la hipótesis analizada en este concepto tiene un rasgo distintivo respecto de lo analizado por la Corte, ya que aquí no se pretenden garantizar o materializar determinados derechos, sino la aplicación de una restricción para participar en procesos de contratación.

Conforme se estableció *ut supra*, las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades deben interpretarse de acuerdo con el principio *pro libertate*, el cual implica que, ante varias interpretaciones posibles, debe privilegiarse la que representa menor restricción para la libertad. En ese sentido, aplicar libertad probatoria para verificar la referida inhabilidad, implica que se tengan en cuenta para tales efectos medios de prueba distintos a los señalados por el artículo 4 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005, que específicamente estableció los mecanismos para declarar la existencia de tal situación de hecho, de manera que se tuviera certeza sobre su existencia. En tal sentido, estima esta Agencia que la postura sobre la libertad probatoria no se considera adecuada para la aplicación de la inhabilidad, pues el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005– establece tres medios específicos para realizar la declaración de la existencia de la unión marital de hecho. En este sentido, el hecho de que se haga referencia únicamente a estos, con exclusión de otros, deviene en la imposibilidad de probar la existencia de la unión marital de hecho ante la ausencia de la declaración en los referidos medios establecidos por la ley.

En ese sentido, esta Agencia considera que la verificación del supuesto de hecho del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en lo referente a las calidades de compañero y compañera permanente, debe realizarse conforme con los medios de prueba establecidos por el legislador para declarar la existencia de la unión marital de hecho.

Lo anterior además se fundamenta en que aplicar la tesis de la libertad probatoria para demostrar la unión marital de hecho, haría que el proceso de selección se convirtiera en una instancia de decisión respecto de asuntos ajenos al mismo, para los cual además se adolece de competencia, ya que el examen de los medios de prueba para establecer si existe o no unión marital de hecho, no habiendo declaración de las partes conforme al artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–, es un asunto que incumbe al juez de familia y no a la entidad contratante. Esto quiere decir que, para que se configure la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se requiere que la existencia de la unión marital de hecho haya sido previamente declarada mediante los documentos señalados en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-985 de 2005, T-183 de 2006, C-521 de 2007, T-774 de 2008, T-489 de 2011, T-717 de 2011, T-041 de 2012, T-667 de 2012, T-357 de 2013, T-809 de 2013, T-327 de 2014, T-926 de 2014 y T-526 de 2015.



No obstante, esta Agencia reconoce las dificultades en la definición de cuál postura debe primar, esto es, si la libertad probatoria o la que se ha defendido en las líneas anteriores. En todo caso, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que la postura expuesta previamente garantiza lo siguiente: i) es la que más se aviene con el contenido del artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–, que se refiere a los medios para declarar la existencia de la unión marital de hecho –no la sociedad patrimonial–, siendo este el argumento más relevante; ii) además, brinda seguridad jurídica a las entidades estatales respecto a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pues, aunque la unión marital sea una situación de hecho, la declaración de su existencia mediante los medios dispuestos por el legislador brinda certeza sobre su existencia; iii) es la interpretación que más se corresponde con la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, conforme lo expuesto en los numerales 2.1 y 2.2. de este concepto; iv) finalmente, aunque la Corte Constitucional ha defendido la tesis de la libertad probatoria para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, otorgando una interpretación particular del artículo 4 de la Ley 54 de 1990, lo ha realizado en desarrollo de procesos judiciales, «con la finalidad de debido proceso de quienes pretenden derivar de ella efectos tales como: reparaciones económicas, reconocimientos pensionales, beneficios de la seguridad social, exención del servicio militar obligatorio, entre otros»⁵⁶. Por lo anterior, esta Agencia considera que para verificar si un proponente o contratista se encuentra incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad la existencia de la unión marital de hecho debe haberse declarado por los medios dispuestos por el legislador, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–.

3. Respuestas

«i) ¿Las entidades estatales deben verificar el registro civil de matrimonio de los proponentes en el marco de los procedimientos de selección? [...]

iii) Si los cónyuges o compañeros permanentes no inscriben el matrimonio o la unión marital de hecho en el correlativo registro ¿entonces no aplica la inhabilidad del literal g)?».

Conforme a lo expuesto, las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades afectan la capacidad jurídica, la cual constituye uno de los requisitos habilitantes en los procesos de selección. Esto implica que las entidades estatales, al evaluar los requisitos habilitantes de los oferentes, deben verificar que estos no se

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-247 del 17 de mayo de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



encuentren incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad que restrinjan su capacidad para participar en el proceso o celebrar contratos.

Al respecto no existe norma que regule como debe acreditarse la ausencia de inhabilidades, por lo que existe libertad probatoria respecto de dicha circunstancia. En ese sentido, resulta válido que como anexo de la oferta se exijan declaraciones bajo la gravedad de juramento, en las que los oferentes den fe de no estar incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. De acuerdo con esto, dicha declaración es un medio de acreditación admisible para que el proponente demuestre no estar incurso en la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

No obstante, puede que a pesar de la referida declaración se presenten ofertas por parte de los sujetos cobijados por la referida inhabilidad, o se presenten dudas respecto de su configuración en el marco de la evaluación de las ofertas. Ante esta situación la entidad debe verificar si se configura o no la inhabilidad, para lo cual deberá acudir a los medios de verificación válidos para acreditar la condición en virtud de la cual opera la restricción a la capacidad para participar en el proceso.

En cuanto a la acreditación del matrimonio, de conformidad con el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, existe tarifa legal, por lo que la condición de cónyuge debe ser verificada con base en instrumentos procedentes del registro del estado civil, en los términos del artículo 101 de referido decreto. Esto implica que, para demostrar la configuración de la inhabilidad respecto de los cónyuges, sea necesario consultar el registro del estado civil.

ii) ¿Cómo se prueba la calidad de compañero permanente? ¿requiere la declaratoria por sentencia, conciliación o escritura pública?

Conforme con lo expuesto en las consideraciones, y sin perjuicio de las posibles interpretaciones expuestas respecto a esta problemática, esta Agencia considera que el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005– alude a la escritura pública, el acta de conciliación y la sentencia expedida por el juez de familia como los medios para declarar la existencia de la unión marital de hecho. En este sentido, para verificar si se configura o no la inhabilidad del literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deberán acudir a los instrumentos señalados en la norma indicada.

La postura anterior es la que más se ajusta a la interpretación restrictiva de las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y que brinda certeza a las entidades estatales respecto a su aplicación, al exigir para acreditar su configuración que la unión marital de hecho se haya declarado por los medios establecidos en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 –modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005–, los cuales serían



los únicos medios de prueba válidos para verificar la configuración de la referida inhabilidad.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE

