

CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Principio de transparencia – Inhabilidades e incompatibilidades

La finalidad de este régimen de la capacidad de los contratistas del Estado se funda en el principio de transparencia de la actividad administrativa, pues, en palabras de la Corte Constitucional, “tiene por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad, e imparcialidad, previstos en la Constitución Política para la función administrativa”. Lo anterior justifica que, por razones de interés público, se excluyan a los proponentes u oferentes que tengan vínculos afectivos, profesionales o filiales con servidores públicos de la entidad interesada en la celebración de contratos, que tengan poder de decisión sobre la adjudicación o decisión de la suscripción de los negocios jurídicos. Otra finalidad de este régimen es cumplir con el principio de eficacia.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Naturaleza jurídica – No es un régimen sancionatorio

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades no constituye un régimen sancionatorio. Al ser este régimen de inhabilidades e incompatibilidades una limitación a la libertad de contratar y comportar una restricción a la capacidad legal de las personas: - De reserva legal: sólo pueden crearse mediante ley. - De orden público: normas imperativas de obligatorio cumplimiento. - Moralizadoras: por lo que tienen efecto general e inmediato aun para situaciones jurídicas en tránsito. - De interpretación estricta: no admiten aplicación extensiva a situaciones análogas, vía interpretación pues sólo se aplican a los supuestos fácticos exclusivos previstos en la ley. - Causales taxativas: no son más que las previstas en la ley.

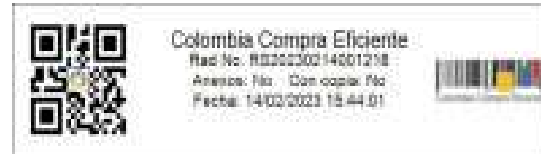
INHABILIDAD – Parentesco – Artículo 8 – Numeral 1 – Literal g) – Alcance

Esta prohibición busca garantizar la igualdad y la honesta competencia entre los participantes en el proceso de selección en aras de salvaguardar la selección objetiva y evitar la colusión de oferentes en perjuicio de terceros participantes o de la entidad contratante.

[...]

Desde el punto de vista del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, en los términos del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es posible que una entidad estatal celebre contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con dos personas que tengan un vínculo de parentesco por consanguinidad en primer grado.

Bogotá, 14 de febrero de 2023



Señora
Alexandra Hernandez Valero
alexahgestion@gmail.com
Yopal, Casanare

Concepto C-001 de 2023

Temas:

CAPACIDAD PARA CONTRATAR - Principio de transparencia – Inhabilidades e incompatibilidades / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Naturaleza jurídica – No es un régimen sancionatorio / INHABILIDAD – Parentesco – Artículo 8 – Numeral 1 – Literal g) – Alcance

Radicación:

Respuesta a consulta Nro. P20230105000058

Estimada señora Hernández:

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

1. Problema planteado

Usted plantea el siguiente escenario: «Buenas tardes, por favor solicito un concepto jurídico sobre el tema de contratación en la modalidad de prestación de servicios de madre e hija en la misma dependencia como técnicos administrativos. ninguna es ordenadora de gasto ni tendrán cargos directivos. Agradezco su pronta atención y colaboración.» (sic).

2. Consideraciones





La Subdirección resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder la pregunta formulada se harán unas consideraciones en relación con: i) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado y ii) las inhabilidades e incompatibilidades para contratar por parentesco de la Ley 80 de 1993.

2.1 El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado.

Uno de los presupuestos para celebrar un contrato estatal, al igual que para celebrar cualquier otro negocio jurídico de forma válida, es el de gozar de capacidad jurídica entendida como la aptitud de un sujeto para ser titular de derecho y obligaciones, de ejercer o exigir los primeros y contraer las segundas en forma personal y de comparecer en juicio. La capacidad jurídica permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma.

La capacidad¹ de acuerdo con lo establecido en el Código Civil se refiere a la facultad que legalmente se le confiere a la persona para poder ejercer sus derechos y contraer obligaciones, partiendo del supuesto de que todas las personas naturales son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de tal presunción (artículos 1502, 1503 y 1504), y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a lo expresado en su objeto social y su forma de creación.²

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (artículo 6 Ley 80 de 1993), respecto de quienes pueden celebrar contratos con las entidades estatales, define lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. 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.”

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, pueden celebrar contratos estatales las personas naturales mayores de edad, las personas jurídicas que tengan dentro de

¹ “En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica.” (Corte Constitucional, sentencia C-414 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

² EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 1ra Ed., p.112.





su objeto social actividades relacionadas con el objeto a contratar y, por virtud de la ley, también lo pueden hacer los consorcios y uniones temporales.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que la celebración de contratos estatales se rige por normas especiales de derecho público que han creado restricciones adicionales a la capacidad legal de las personas para celebrar contratos el Estado, con el fin de buscar mayor transparencia en su celebración y ejecución³. Una de estas restricciones es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8⁴ de la Ley 80 de 1993 y sus adiciones previstas en otras leyes.

³ Benavides, José L., el Contrato Estatal, 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2004, p.279

⁴ Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

"1o. Son inhábiles para participar en licitaciones 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 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.

"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.

"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.

(...)

"j) <Literal modificado por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016> 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.

(...)

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

(...)

"k) <Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011> 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.

(...)

"2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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

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

c) 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.



Tanto las unas como las otras están establecidas en el ordenamiento jurídico como aspectos de hecho y de derecho que limitan la capacidad legal de los particulares para poder celebrar un contrato con el Estado.

Respecto de las inhabilidades, la jurisprudencia las define como “la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales”⁵. Las incompatibilidades; las define como “las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo”⁶.

La finalidad de este régimen de limitación de la capacidad para ser contratistas del Estado se funda en el principio de transparencia de la actividad administrativa, pues, en palabras de la Corte Constitucional, “tiene por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad, e imparcialidad, previstos en la Constitución Política para la función administrativa”⁷. Lo anterior justifica que, por razones de interés público, se excluyan a los proponentes u oferentes que tengan vínculos afectivos, profesionales o filiales con servidores públicos de la entidad interesada en la celebración de contratos, que tengan poder de decisión sobre la adjudicación o decisión de la suscripción de los negocios jurídicos.

Otra finalidad de este régimen es cumplir con el principio de eficacia, para poder sustentar la separación o exclusión de los interesados en contratar, que por un comportamiento previo o por una situación concomitante, no garantizan la consecución idónea de los cometidos estatales perseguidos con la gestión contractual de las entidades. Sin embargo, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no constituye un régimen sancionatorio.

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

^{f)} <Literal adicionado por el artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011> 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.

(...)

“<Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007> En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.”

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 17 de mayo de 2001, Rad. 1346-01, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

⁷ Sentencia C-221 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



Al ser este régimen de inhabilidades e incompatibilidades una limitación a la libertad de contratar y comportar una restricción a la capacidad legal de las personas, su aplicación tiene las siguientes características⁸:

- De reserva legal: sólo pueden crearse mediante ley.
- De orden público: normas imperativas de obligatorio cumplimiento.
- Moralizadoras: por lo que tienen efecto general e inmediato aun para situaciones jurídicas en tránsito.
- De interpretación estricta: no admiten aplicación extensiva a situaciones análogas, vía interpretación pues sólo se aplican a los supuestos fácticos exclusivos previstos en la ley.
- Causales taxativas: no son más que las previstas en la ley.

2.2. Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar por parentesco de la Ley 80 de 1993.

Dentro de las causales de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales del Estatuto de Contratación Estatal, existen algunas que contemplan en sus supuestos de hecho relaciones de parentesco entre personas.

Por ejemplo, la inhabilidad prevista en el literal g) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que recae sobre el cónyuge o compañera permanente y quienes se encuentren dentro del 2° grado de consanguinidad o afinidad con otra persona que formalmente haya presentado propuesta en una misma licitación. La anterior situación impide que personas atadas con un vínculo marital o filial -hasta el grado fijado⁹- participen simultáneamente en una misma convocatoria pública para la adjudicación de un contrato con el Estado.

Esta prohibición busca garantizar la igualdad y la honesta competencia entre los participantes en el proceso de selección, en aras de salvaguardar la selección objetiva y evitar la colusión de oferentes¹⁰ en perjuicio de terceros participantes o de la entidad contratante. Esta causal se aplica a todos los procesos de selección del contratista¹¹ que implican participación plural de interesados y no habrá lugar a ella tratándose de contratación directa. Similar prohibición se encuentra en el literal h) del numeral 1° de la norma, cuando la participación simultánea en el proceso es de sociedades, distintas a las sociedades anónimas abiertas.

⁸ BENAVIDES, José L. y SANTOFIMIO Jaime O, comps. Contrato estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.428.

⁹ Padres, hijos y hermanos propios o del cónyuge o compañero permanente.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 9 de julio de 2014, M.P. Jaime O. Santofimio G., rad. (47.830)



De otra parte, el literal b) del literal 2° del artículo 8 de la ley 80 de 1993 consigna la incompatibilidad de las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con servidores públicos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o con miembros de la junta o consejo directivo, o con personas que ejerzan control interno o fiscal en la entidad contratante.

Esta incompatibilidad surge del criterio del legislador, según el cual, la calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente, en razón de los especiales vínculos de afecto y de solidaridad a los que da lugar, amerita el establecimiento de la anotada limitación de la capacidad contractual, en orden a preservar la moralidad administrativa y la transparencia en la acción del Estado, para evitar conflictos de intereses, favorecimientos indebidos, desigualdad o parcialidad en la contratación estatal.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-429 de 1997, justificó la constitucionalidad de esta prohibición porque se dirige a los familiares o al cónyuge de aquellas personas que gozan del poder de decisión para adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos ponen en peligro la transparencia o seriedad del proceso contractual. Es por eso que dicha restricción sólo se predica para el cónyuge de los funcionarios de nivel directivo, asesor o ejecutivo de la entidad contratante, pues son estos cargos de alto nivel en la entidad estatal, los que pueden incidir directa o indirectamente en la adjudicación, celebración y ejecución del contrato estatal, ya sea por la toma directa de decisiones al respecto, o mediante el uso de influencias o persuasiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el vínculo de parentesco de interés para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es el que puede generar desigualdades o prácticas que menoscaben la competencia y selección objetiva en los procedimientos de selección adelantados por convocatoria pública, cuando el mismo exista entre los proponentes que participen en ella, mediante la presentación de ofertas. El otro supuesto de hecho prohibido por la ley es la existencia de un vínculo de parentesco entre los servidores públicos de la entidad contratante que tienen poder de decisión para celebrar los contratos y las personas interesadas en celebrar un contrato con esa misma entidad.

Por lo anterior, no resulta vedado por la ley el hecho de que dos personas que tienen un vínculo de parentesco, en cualquier grado, sean contratadas directamente para prestar servicios profesionales o de apoyo a la gestión, mientras la celebración de dichos negocios jurídicos se encuentre debidamente justificada -con base en los estudios previos- y sirvan a la finalidad prevista en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

3. Respuesta



Compartido por:



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Desde el punto de vista del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, en los términos del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es posible que una entidad estatal celebre contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con dos personas que tengan un vínculo de parentesco por consanguinidad en primer grado.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Sergio Enrique Caballero Lesmes
Analista T2 - 01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Armenta Celis
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02 Código: CCE-PQRSD-FM-08 Fecha: 28 de septiembre de 2022 Página 8 de 8