**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Carácter sancionatorio – Restricción**

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 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. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo» . Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, 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.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

[..] las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– 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 y apegada al texto normativo. Si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar 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.

[…]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. En conclusión, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incurso en alguna causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incursa en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

**APLICACIÓN DE LA LEY – Conflictos – Aplicación en el tiempo**

Ahora bien, tal modificación, conlleva, en principio, un problema hermenéutico relativo a la aplicación de la ley en el tiempo. Al respecto conviene recordar que los efectos de una ley se producen a partir de su vigencia, lo que quiere decir que, por regla general, en las leyes colombianas opera la irretroactividad. Así se desprende de la Ley 153 de 1887, que dispuso que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y en el evento en que existan discrepancias entre las mismas se debe aplicar la ley posterior. No obstante, si en vigencia de la anterior ley se consolidó una situación jurídica no deberá aplicarse la ley posterior, pues de acuerdo con la Constitución Política los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, a menos que se trate de leyes penales que beneficien al reo –principio de favorabilidad– o que comprometan el interés público o social .

Conforme a lo anterior, el conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos; es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Incumplimiento reiterado – Modificación – Ley 1955 de 2019 – Aplicación – Irretroactividad**

El artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, rige a partir de su expedición, lo que implica que las sanciones anteriores al 25 de mayo de 2019 no se deben acumular para configurar la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a menos que durante la vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 -original- se haya consolidado la respectiva situación jurídica, dando lugar a la configuración de la inhabilidad. En este sentido, las sanciones impuestas y declaratorias de incumplimiento consolidadas con anterioridad a dicha fecha no deben tenerse en cuenta para determinar la configuración de la inhabilidad bajo el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019.

En este orden, la inhabilidad por incumplimiento reiterado, prescrita en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, de conformidad con la posición hermenéutica explicada por e la Agencia Nacional de Contratación Pública, aplica frente a incumplimientos y sanciones impuestas con posterioridad al 25 de mayo de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

Bogotá D.C., **07/12/2020 Hora 20:7:19s**

**N° Radicado: 2202013000011948**

Señor

**Fredy Javier Aguilera Vergara**

Ciudad

**Concepto C ─ 709 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Carácter sancionatorio – Restricción **/** INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / APLICACIÓN DE LA LEY – Conflictos – Aplicación en el tiempo / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Incumplimiento reiterado – Modificación – Ley 1955 de 2019 – Aplicación – Irretroactividad |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000009659 |

Estimado señor Aguilera,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente 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, responde a su consulta del 23 de octubre de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta, relacionada con la aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019:

«Atendiendo principios generales del derecho como la irretroactividad de la ley y la interpretación restrictiva de las disposiciones legales referidas a inhabilidades, solicitamos que se precise la aplicación correcta del artículo 90 de la Ley 1474, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955, cuando en el literal b señala “*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*”; en el sentido de establecer si los incumplimientos declarados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1955, pueden ser tenidos en cuenta para que se configure la inhabilidad descrita. O por el contrario, los incumplimientos en por lo menos dos (2) contratos, para que se configure la inhabilidad, deben ser posteriores a la citada ley, y por ende los tres años se cuentan de igual forma, entre el 25 de mayo de 2019 y 25 de mayo de 2022».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los contratos estatales, en los conceptos con radicados Nos. 4201912000003368 del 21 de mayo de 2019, 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 de septiembre de 2019, 4201913000006917 del 7 de octubre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019. De igual forma, en los conceptos C - 90 del 24 de febrero de 2020, C - 125 del 3 de marzo de 2020, C - 085 del 4 de marzo de 2020, C - 246 del 3 de abril de 2020, C - 273 del 21 de mayo de 2020, C - 402 de 22 de junio de 2020, C-585 y C- 592 del 14 de septiembre de 2020 y C – 580 del 21 de septiembre de 2020, entre otros.

Asimismo, en los conceptos con radicados Nos. 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019 y 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, se analizó la aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, tras la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019. Algunos de los argumentos entonces expuestos se reiteran a continuación.

**2.1. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal**

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[[1]](#footnote-1) como en el de las exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). En relación con la capacidad jurídica, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[3]](#footnote-3).

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 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. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[4]](#footnote-4). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, 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 –como ya se dijo– 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*[[5]](#footnote-5)y apegada al texto normativo. Si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar 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 jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] 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»[[6]](#footnote-6). 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»[[7]](#footnote-7). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[8]](#footnote-8).

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.); […][[9]](#footnote-9).

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.

En conclusión, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incurso en alguna causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incursa en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

**2.2. Aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado tras la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019**

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció la inhabilidad de 3 años, que se configura bajo las siguientes tres causales:

Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

* + 1. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
    2. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
    3. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011, contempla tres supuestos de hecho que dan lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consiste en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo­– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias vigencias fiscales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento–definitivo–, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales[[10]](#footnote-10). Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona incursa en los mismos quedaría inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Recientemente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se configure los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron así:

1. 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*;
2. 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* […]. (Cursivas fuera de texto).

En ese orden, a la luz del texto original de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas –literal a)– o los dos incumplimientos –literal b)– fueran declarados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. Después de la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

Ahora bien, tal modificación, conlleva, en principio, un problema hermenéutico relativo a la aplicación de la ley en el tiempo. Al respecto conviene recordar que los efectos de una ley se producen a partir de su vigencia, lo que quiere decir que, por regla general, en las leyes colombianas opera la irretroactividad. Así se desprende de la Ley 153 de 1887, que dispuso que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y en el evento en que existan discrepancias entre las mismas se debe aplicar la ley posterior[[11]](#footnote-11). No obstante, si en vigencia de la anterior ley se consolidó una situación jurídica no deberá aplicarse la ley posterior, pues de acuerdo con la Constitución Política los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, a menos que se trate de leyes penales que beneficien al reo –principio de favorabilidad– o que comprometan el interés público o social[[12]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, el conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior. De igual forma, cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa[[13]](#footnote-13).

En ese sentido, el objeto de la consulta está dirigido a determinar cómo debe resolverse el conflicto de la aplicación de la ley en el tiempo en lo relativo al supuesto de hecho del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, tras su modificación por cuenta del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019. Lo anterior obliga a determinar a partir de cuando debe contarse el término de tres (3) años, o si para la configuración de la inhabilidad resulta válido tener en cuenta declaratorias de incumplimiento consolidadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019. Sobre este particular ya se ha pronunciado esta Agencia, que, en concepto de 3 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

El 25 de mayo del presente año entró a regir la Ley 1955 de 2019, la cual modificó lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, ampliando el plazo durante el cual se deben declarar las sanciones a un contratista para que se configure la inhabilidad por incumplimiento reiterado.

El legislador no contemplo excepción frente a la aplicación retroactiva de la Ley 1955 de 2019, y si bien la inhabilidad del artículo 43 es de carácter sancionatorio, por tratarse de la potestad punitiva del Estado, el principio de favorabilidad es aplicable al proceso sancionatorio administrativo en virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011.

Ahora, la Ley en mención tampoco contempló su aplicación retrospectiva a las situaciones de hecho que tuvieron lugar antes de su entrada en vigencia, porque sencillamente si dichas situaciones se hubiesen presentado en vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se hubiera configurado la inhabilidad; en este sentido sus efectos tampoco serían ultraactivos.

Así las cosas, los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia el futuro, y en este sentido no se podrán tener en cuenta las sanciones impuestas antes del 25 de mayo de 2019, ya que la Ley 1955 de 2019 derogó todas las disposiciones contrarias. Entonces, como quiera que desde el 25 de mayo de 2019 entró a regir una nueva disposición normativa para la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a partir de esta fecha se deberá contabilizar los tres (3) años durante los cuales al contratista le han sido impuestas cinco (5) o más multas, o declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos. Esto quiere decir que no es posible acumular las sanciones anteriores ni tampoco los años durante los cuales aquellas fueron impuestas.

[…] la Constitución Política dispone en materia del derecho al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, lo cual aplica para el caso de las inhabilidades de naturaleza sancionatoria, pues como se anotó en precedencia, estas limitan derechos subjetivos. Por lo anterior, la inhabilidad por incumplimiento reiterado después del 25 de mayo de 2019 se debe configurar según lo indicado en el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, a menos que antes de su entrada en vigencia se hubiese consolidado la situación jurídica prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011[[14]](#footnote-14).

De acuerdo con tales consideraciones, comoquiera que los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia al futuro, y al haberse derogado el texto original de los literales a y b del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –ni haberse dispuesto efectos ultractivos–, para que se configure la causal de inhabilidad aludida, es necesario que las declaratorias de incumplimiento se hayan consolidado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, esto es, del 25 de mayo de 2019 en adelante.

Tal interpretación además se impone con ocasión del carácter sancionador o *punitivo*[[15]](#footnote-15) de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, que implica que su aplicación deba ser respetuosa del debido proceso[[16]](#footnote-16) y el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones[[17]](#footnote-17), por lo que circunstancias consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de configurar la referida inhabilidad, en la medida que el contenido del supuesto de hecho de la falta sancionada con la inhabilidad cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019. En tal sentido, admitir la configuración de la inhabilidad conforme al supuesto de hecho vigente respecto de circunstancias anteriores a su entrada en vigor, no solo constituiría una aplicación retroactiva de la ley, sino también una vulneración al principio de legalidad y los postulados del derecho al debido proceso.

La postura anterior además se encuentra de acuerdo con el principio *pro libertate* que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como son las inhabilidades. Esto en la medida que asumir la interpretación contraria a la esbozada, esto es, la que indicaría que para la configuración de la causal de inhabilidad en comento resultaría válido considerar hechos ocurridos –en un intervalo de 3 años–, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, implicaría una mayor restricción de derechos, ya que se extenderían los efectos de la norma a un mayor número de casos particulares, lo cual resultaría contrario a la interpretación restrictiva que amerita la norma bajo estudio.

De otra parte, conviene recordar que de conformidad con el inciso anterior al parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, la inhabilidad por incumplimiento reiterado se configura a partir de la inscripción en el Registro Único de Proponentes de la última multa o declaratoria de incumplimiento requerida para su configuración. Por lo tanto, no se podrá extender la inhabilidad desde que se declaró la sanción por parte de la entidad, pues esto implicaría afectar la interpretación restrictiva que rige en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Resulta relevante poner esto de presente ya que frente otras causales de inhabilidad e incompatibilidad, el legislador sí previó que la inhabilidad se cuente desde el momento en que se materializa en un acto administrativo ejecutoriado el hecho sancionado con la inhabilidad, como en los casos de la declaratoria de la caducidad del contrato o cuando se declara el incumplimiento del interventor. Es así como el literal c) del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, referido a la declaratoria de caducidad, señala que la inhabilidad de cinco (5) años empezará a contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declara la caducidad del contrato[[18]](#footnote-18); y el literal k) establece que la inhabilidad se extenderá por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento por parte del interventor al deber de entregar información a la entidad contratante[[19]](#footnote-19). Conforme a esto, no fue accidental que el legislador, en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, dispusiera que la inhabilidad se configura con la *publicación* del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes y no cuando la entidad lo declara en el acto administrativo.

En este orden, la inhabilidad por incumplimiento reiterado, prescrita en la Ley 1474 de 2011, se configura una vez se cumplan los supuestos del artículo 90 *ibidem*, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, es decir, para el caso de la consulta, que la persona haya sido objeto de declaratoria de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; y que el acto administrativo que la impone haya sido publicado en el Registro Único de Proponentes. Tales incumplimientos, de conformidad con la posición hermenéutica explicada y adoptada por el la Agencia Nacional de Contratación Pública, deberán ser posteriores al 25 de mayo de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

1. **Respuestas**

«Atendiendo principios generales del derecho como la irretroactividad de la ley y la interpretación restrictiva de las disposiciones legales referidas a inhabilidades, solicitamos que se precise la aplicación correcta del artículo 90 de la Ley 1474, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955, cuando en el literal b señala “*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*”; en el sentido de establecer si los incumplimientos declarados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1955, pueden ser tenidos en cuenta para que se configure la inhabilidad descrita. O por el contrario, los incumplimientos en por lo menos dos (2) contratos, para que se configure la inhabilidad, deben ser posteriores a la citada ley, y por ende los tres años se cuentan de igual forma, entre el 25 de mayo de 2019 y 25 de mayo de 2022».

El artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, rige a partir de su expedición, lo que implica que las sanciones anteriores al 25 de mayo de 2019 no se deben acumular para configurar la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a menos que durante la vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 -original- se haya consolidado la respectiva situación jurídica, dando lugar a la configuración de la inhabilidad. En este sentido, las sanciones impuestas y declaratorias de incumplimiento consolidadas con anterioridad a dicha fecha no deben tenerse en cuenta para determinar la configuración de la inhabilidad bajo el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019*.*

En este orden, la inhabilidad por incumplimiento reiterado, prescrita en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, de conformidad con la posición hermenéutica explicada por e la Agencia Nacional de Contratación Pública, aplica frente a incumplimientos y sanciones impuestas con posterioridad al 25 de mayo de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| 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 |

1. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «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». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «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». [↑](#footnote-ref-2)
3. 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). [↑](#footnote-ref-3)
4. 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. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 153 de 1887 «Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior». [↑](#footnote-ref-11)
12. Constitución Política de Colombia «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

    […]

    »Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

    »En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

    […]

    »Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social». [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C -619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: «La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

    »Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

    »Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona». [↑](#footnote-ref-13)
14. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 3 de octubre de 2019, Radicado de entrada No. 4201913000005694, Radicado de salida No. 2201913000007385. [↑](#footnote-ref-14)
15. Dicha naturaleza sancionatoria de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, la hace asimilable a una pena en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que para efectos de determinar la pena procedente la infracción correspondiente deberá ser castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Este artículo señala que: «En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

    »Exceptúanse de esta disposición:

    »1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

    »2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido». [↑](#footnote-ref-15)
16. Constitución Política de Colombia «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

    »Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

    »En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable […]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1437 de 2011 «Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

    »Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

    »1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

    »En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem […]». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 80 de 1993: «Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

    […]

    »c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

    […]

    »Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados 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 contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 80 de 1993: »Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar

    »k) 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.

    »Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente».

    [↑](#footnote-ref-19)