**CCE-DES-FM-17**

**REQUISITOS HABILITANTES – Finalidad**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que en los procesos de selección serán objeto de verificación como requisitos habilitantes: la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes […] Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes sirven para medir la aptitud del proponente para la participación en los procesos de contratación en los que sea oferente. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes, de tal manera que la entidad estatal solo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación.

**CAPACIDAD JURÍDICA – Noción – Personas naturales – Personas jurídicas**

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas. Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una entidad estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una entidad estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del negocio. Para efectos de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. Las personas naturales que tienen capacidad jurídica para contratar son los mayores de edad, a menos que por disposición expresa se encuentren limitados por decisión judicial, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley. Respecto de las personas jurídicas, la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Límites – Capacidad jurídica**

En el sistema de compra pública existen límites a la capacidad jurídica de las personas naturales y jurídicas que deseen contratar con el Estado. Por eso, a los contratos que celebran las entidades estatales les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993, toda vez que se sustenta en una serie de valores, como la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad. Frente a la naturaleza de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha manifestado que son circunstancias previstas en la Constitución Política, o en la ley, que le impiden a una persona ser elegida o designada para desempeñar cargos públicos. Esas circunstancias también pueden tener consecuencias respecto de otras personas que quieran celebrar o hayan celebrados contratos con el Estado.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Clasificación**

Existen dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, las que se derivan de la imposición de una condena o de una sanción. En segundo lugar, se encuentran las inhabilidades que se desprenden de la posición funcional o desempeño de cargos públicos. En este caso, la inhabilidad no es una sanción, sino una medida de protección del interés general en razón a la articulación o afinidad entre las funciones o actividades a desempeñar en una determinada actividad. La Ley 80 de 1993 consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; sin embargo, no se encuentran de manera exclusiva en este cuerpo normativo sino en diferentes disposiciones que comprenden el sistema de compra pública.

**LEY 1778 DE 2016 – Artículo 33 – Causal de inhabilidad para celebrar contrato estatal – Alcance**

La causal de inhabilidad sub examine tiene tres reglas especiales. *Primer*o, y en lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, la misma se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas. *Segundo*, sobre el monto del aporte, ya que la causal únicamente opera cuando el aporte a la campaña política superior al 2% de las sumas máximas a invertir por parte de los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Estos límites, según lo que se deriva del artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, «[…] serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas […]».

Y tercero, frente al ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende: i) a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas; ii) a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de la persona que financió la campaña política; y iii) a quienes se encuentren dentro del primer grado de parentesco civil con la persona que financió la campaña política.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Causales – Interpretación restrictiva**

[…] las normas que regulan inhabilidades, como es el caso del artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, son de interpretación restrictiva, tal y como lo han considerado pacíficamente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y como lo ha expuesto esta Subdirección en diferentes conceptos. En efecto, en sentencia C-147 de 1998, el máximo tribunal constitucional señalo que «[…] el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla […]». Igualmente, en providencia del 30 de abril de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que «[l]a 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». Colombia Compra Eficiente, por su parte, en el concepto C-157 del 17 de marzo de 2020, expuso:

«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, pues 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 al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado».

Bogotá D.C., **27/10/2020 7:18:20s**

**N° Radicado: 2202013000010623**

Señor

**Marco Tulio Montes Canales**

Valledupar, Cesar

**Concepto C ─ 639 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REQUISITOS HABILITANTES – Finalidad / CAPACIDAD JURÍDICA – Noción – Personas naturales – Personas jurídicas / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Límites – Capacidad jurídica / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Clasificación / LEY 1778 DE 2016 – Artículo 33 – Causal de inhabilidad para celebrar contrato estatal – Alcance / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Causales – Interpretación restrictiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta #4202013000008200 |

Estimado señor Montes Canales,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de septiembre de 2020, 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.

1. **Problemas planteados**

El peticionario formuló la siguiente pregunta sobre el régimen de inhabilidades en materia de contratación estatal: «Según lo dispuesto el literal k) del numeral 1) del artículo octavo de la Ley 80 de 1993 adicionado por el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011 y luego modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, ¿los cónyuges o compañeros permanentes de una persona que haya sido aportante o financiado una campaña política, están inhabilitados para contratar con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato?».

# Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicados números 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 septiembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, C ─ 001 del 23 de abril de 2020, C ─ 007 del 4 de mayo de 2020, C ─ 011 del 27 de abril de 2020, C ─ 085 del 4 de marzo de 2020, C ─ 090 del 24 de febrero de 2020, C ─ 125 de 2020 del 3 de marzo de 2020, C ─ 157 de 2020 del 16 de marzo de 2020, C ─ 239 de 2020 del 16 de abril de 2020, C ─ 246 de 2020 del 3 de abril de 2020, C – 273 de 2020 del 21 de mayo de 2020, C – 402 del 26 de junio de 2020 y C – 585 del 14 de septiembre de 2020, estudió la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, como límite a la capacidad contractual, así como los criterios de interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone a continuación.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que en los procesos de selección serán objeto de verificación como requisitos habilitantes: la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, así:

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes sirven para medir la aptitud del proponente para la participación en los procesos de contratación en los que sea oferente. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la entidad estatal solo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación[[1]](#footnote-1).

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[2]](#footnote-2). Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una entidad estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una entidad estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del negocio.

Para efectos de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[3]](#footnote-3), así como otras formas asociativas. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que «[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]», así como también dispone que podrán hacerlo «[…] los consorcios y uniones temporales».

Las personas naturales que tienen capacidad jurídica para contratar son los mayores de edad, a menos que por disposición expresa se encuentren limitados por decisión judicial, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley. Respecto de las personas jurídicas, la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

Por otro lado, en el marco de los procesos de selección, las entidades estatales deben solicitar a los proponentes toda la información necesaria para conocer su idoneidad en la ejecución del contrato a celebrar, que le permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal. El Consejo de Estado ha exhortado a las entidades estatales para conocer la calidad en la que actúa el proponente, así[[4]](#footnote-4):

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), consistente en una carga de conocimiento que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular.

En el sistema de compra pública existen límites a la capacidad jurídica de los sujetos que deseen contratar con el Estado. Por eso, a los contratos que celebran las entidades estatales les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011, entre otras, toda vez que ello se sustenta en una serie de valores, como la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad[[5]](#footnote-5).

Frente a la naturaleza de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha manifestado que son circunstancias previstas en la Constitución Política, o en la ley, que le impiden a una persona ser elegida o designada para desempeñar cargos públicos. Esas circunstancias también pueden tener consecuencias respecto de otras personas que quieran celebrar o hayan celebrados contratos con el Estado[[6]](#footnote-6).

Existen dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, las que se derivan de la imposición de una condena o de una sanción. En segundo lugar, se encuentran las inhabilidades que se desprenden de la posición funcional o desempeño de cargos públicos. En este caso, la inhabilidad no es una sanción, sino una medida de protección del interés general en razón a la articulación o afinidad entre las funciones o actividades a desempeñar en una determinada actividad[[7]](#footnote-7).

La Ley 80 de 1993 consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; sin embargo, las causales o eventos vigentes no se encuentran de manera exclusiva en este cuerpo normativo sino en diferentes disposiciones que comprenden el sistema de compra pública. Muestra de ello es el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, que establece la siguiente causal de inhabilidad:

Artículo 33. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. Modifica el Artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 2°. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

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.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

Es de resaltar que esta causal tiene tres reglas especiales. *Primer*o, y en lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, la misma se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas. *Segundo*, sobre el monto del aporte, ya que la causal únicamente opera cuando el aporte a la campaña política superior al 2% de las sumas máximas a invertir por parte de los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Estos límites, según lo que se deriva del artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, «[…] serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas […]».

Y *tercero*, frente al ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende: i) a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas; ii) a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de la persona que financió la campaña política; y iii) a quienes se encuentren dentro del primer grado de parentesco civil con la persona que financió la campaña política.

De acuerdo a lo dicho en el párrafo precedente, se configura la inhabilidad para contratar con el Estado para el aportante a la campaña y las personas que tengan, respecto de este, alguno de los siguientes vínculos: hasta el segundo de consanguinidad, esto es, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos; hasta el segundo de afinidad, es decir, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos del cónyuge o compañero o compañera permanente de la persona que realizó aportes a la campaña, claro está, siempre que el aporte efectuado cumplan con la segunda regla mencionada; hasta el primer grado civil, esto es, hijos o padres adoptados o adoptantes, respectivamente.

Nótese que la causal no cobija el cónyuge, compañero o compañera permanente de la persona que financió la campaña política. Esto se deriva del texto de la norma *sub examine* y de las consideraciones que pasarán a exponerse.

Es claro que entre cónyuges no existe un vínculo de consanguinidad[[8]](#footnote-8). Igualmente lo es que, de acuerdo con lo que establece el artículo 47 del Código Civil, entre aquellos tampoco existe una relación de afinidad. Al respecto, la mencionada norma establece:

Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. 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. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

No se refiere esta norma a la relación que existe entre los cónyuges, en la medida que entre estos existe un vínculo contractual, bien porque se suscribió un contrato civil de matrimonio, porque la ley le da tales efectos al matrimonio religioso, o simplemente porque surgió una sociedad de hecho entre estos, en los términos de la legislación vigente y siempre que se cumplan los requisitos establecidos para tal efecto.

Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto del 15 de abril de 2019[[9]](#footnote-9), manifestó que «[…] entre los esposos no hay parentesco de ninguna clase […]», en relación con lo cual precisó que, en realidad, «[c]orresponde a un vínculo por matrimonio (o compañeros permanentes), diferente al vínculo de afinidad». En relación con la afinidad y la forma de determinarla, en el referido concepto se dijo:

3. ¿Cómo se determina la afinidad?

El parentesco de afinidad se establece entre una persona y los miembros consanguíneos de la familia de su cónyuge. Se establecen o califican por la línea o grado de consanguinidad del cónyuge con éste. Por ejemplo, un esposo está en primer grado de afinidad, en línea recta, con los hijos de su esposa en anterior matrimonio y en segundo grado de afinidad, en línea transversal, con los hermanos de aquella.

Ahora bien, en lo que atañe al parentesco civil, el artículo 50 del Código Civil lo define como «[…] el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo […]». Es del caso precisar que esta norma fue derogada orgánicamente por los artículos 279 de la Ley 5 de 1975 y 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2016. En esta providencia la Corte explicó *in extenso* lo siguiente:

[…] A la luz de la filosofía y la regulación actual de la institución de la adopción, resulta inadmisible un trato diferenciado para los miembros de familias originadas en este vínculo jurídico, frente a aquellas constituidas a partir de nexos de consanguinidad. De acuerdo con la normatividad vigente la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos, por lo que no es posible estatuir diferencias entre el parentesco consanguíneo, y aquél que se adquiere en virtud de la adopción. No sobra recordar que la denominada adopción simple fue eliminada del orden jurídico colombiano mediante el artículo 103 del denominado Código del Menor; en virtud de esta figura el adoptivo continuaba “formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones”, y el parentesco se establecía “entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de este”. De conformidad con la actual regulación el parentesco civil comporta una inserción plena del adoptado en la familia de los adoptantes, por lo que el vínculo filial se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos y afines. (Subrayas propias)

Esta tesis fue recientemente reiterada en la sentencia C-296 de 2019. De todos modos, lo cierto es que el parentesco civil no se predica de los cónyuges, pues, se insiste, entre estos no existe ningún tipo de vínculo de parentesco, al menos según las normas referidas anteriormente. Incluso, en la doctrina el *parentesco civil* es llamado *parentesco adoptivo*, debido a que el mismo se predica del hijo adoptivo y sus padres adoptantes, pero no respecto de estos últimos. Por ejemplo, Arturo Valencia Zea, en su obra Derecho Civil, Tomo V (Derecho de Familia), expone: «el parentesco de adopción, también llamado parentesco civil, es el que resulta de la adopción, en virtud de la cual la ley considera que el adoptante, [la] mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en relación de padre madre e hijo»[[10]](#footnote-10).

No se puede perder de vista que, cuando la intensión del legislador es la de incluir a los cónyuges o compañeros permanentes en los efectos de una norma que regula eventos o causales de inhabilidad o incompatibilidad, lo hace de forma expresa y manifiesta, tal y como sucedió en relación con el artículo 8, numeral 1, literal g de la Ley 80 de 1993, en donde se lee: «Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos: […] 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» (Subrayas propias).

Habría que agregar que las normas que regulan inhabilidades, como es el caso del artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, son de interpretación restrictiva, tal y como lo han considerado pacíficamente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y como lo ha expuesto esta Subdirección en diferentes conceptos. En efecto, en sentencia C-147 de 1998, el tribunal constitucional señaló que «[…] el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla […]». Igualmente, en providencia del 30 de abril de 2015[[11]](#footnote-11), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que «[l]a 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». Colombia Compra Eficiente, por su parte, en el concepto C-157 del 17 de marzo de 2020, expuso:

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*37, pues 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 al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, tal y como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en materia de contratación estatal.

En conclusión, puede decirse que 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.

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 por lo 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, 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.

# Respuesta

«Según lo dispuesto el literal k) del numeral 1) del artículo octavo de la Ley 80 de 1993 adicionado por el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011 y luego modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, ¿los cónyuges o compañeros permanentes de una persona que haya sido aportante o financiado una campaña política, están inhabilitados para contratar con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato?».

La causal de inhabilidad *sub examine* tiene tres reglas especiales. *Primer*o, y en lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, la misma se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas. *Segundo*, sobre el monto del aporte, ya que la causal únicamente opera cuando el aporte a la campaña política superior al 2% de las sumas máximas a invertir por parte de los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Estos límites, según lo que se deriva del artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, «[…] serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas […]».

Y *tercero*, frente al ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende: i) a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas; ii) a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de la persona que financió la campaña política; y iii) a quienes se encuentren dentro del primer grado de parentesco civil con la persona que financió la campaña política.

De acuerdo a lo dicho en el párrafo precedente, se configura la inhabilidad para contratar con el Estado para el aportante a la campaña y las personas que tengan, respecto de este, alguno de los siguientes vínculos: hasta el segundo de consanguinidad, esto es, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos; hasta el segundo de afinidad, es decir, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos del cónyuge o compañero o compañera permanente de la persona que realizó aportes a la campaña, claro está, siempre que el aporte efectuado cumplan con la segunda regla mencionada; hasta el primer grado civil, esto es, hijos o padres adoptados o adoptantes, respectivamente.

En relación con la pregunta concreta, se le informa que la causal no incluye al cónyuge, compañero o compañera permanente de la persona que financió la campaña política. Esto se deriva del texto de la norma *sub examine* y de las consideraciones del presente concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que, si el cónyuge, compañero o compañera permanente también es consanguíneo, habría que mirar si frente a él o ella opera la causal por el grado de consanguinidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C., 2 de agosto de 2018. Radicación número: 25000-23-26-000-2013-01293-01(53.506)A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá, 10 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2.260). [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, 5 de diciembre de 2016. Radicación número: 05001-23- 31-000-2003-03663-01(41.333). Allí se dijo lo siguiente: «[…] Se tiene que es deber de los servidores evitar que prevalezca el interés particular sobre el general, de manera que para garantizar tal propósito el legislador ha establecido toda una reglamentación para propender por la transparencia en la adopción de decisiones, la cual no solo está contenida en la Ley 80 de 1993 o en los régimen especiales de contratación estatal, sino en otro tipo de normas, verbigracia en los ordenamientos disciplinarios , los que regulan el funcionamiento de los entes territoriales o la actividad de la administración, etc.

   »27.6. No sobra decir que, con toda razón, el Consejo de Estado ha considerado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, trasparencia e imparcialidad». [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C 353 de 20 de mayo de 2019. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esa providencia se afirmó: «La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño». [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 353 de 20 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente No: D-7518. [↑](#footnote-ref-7)
8. Salvo si entre los cónyuges existen vínculos de consanguinidad. [↑](#footnote-ref-8)
9. Concepto 109101. Radicado No. 20196000109101. [↑](#footnote-ref-9)
10. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V (Derecho de Familia). Editorial Temis. Bogotá, 1962. Pág. 26. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente No. 11001-03-06-000-2015-00058-00 (2251). M.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-11)