CCE-DES-FM-17

**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Estructura – Aspectos Generales – Descentralización y desconcentración**

Las figuras contempladas por el artículo 209 constitucional, estas implican la transferencia de la competencia administrativa desde diferentes perspectivas. Al respecto, entre otras normas, la Ley 489 de 1998 reguló el ejercicio de la función administrativa, determinando y estructurando los principios y reglas básicas de su organización.

A través de la descentralización , el nivel central del poder público transfiere competencias y autonomía para actuar a las entidades autorizadas legislativamente para tal fin, conservando sobre ellas un control de tutela derivado del principio de coordinación que rige la función administrativa […] A su vez, las diferentes entidades del orden central o descentralizado podrán desconcentrar o delegar sus funciones, sin que esto implique la transferencia de su autonomía o la creación de personas jurídicas independientes.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad jurídica – Fundamento general – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que las personas legalmente capaces, nacionales y extranjeras, y las estructuras plurales – consorcios y uniones temporales – podrán celebrar contratos con las entidades estatales del orden nacional o regional de diferente naturaleza. De esta manera, puede observarse que, como ocurre en el régimen privado, los contratos celebrados en el marco de una actividad estatal requieren que los extremos de la relación sean de naturaleza pública o privada, y que estén dotados de capacidad jurídica para contraer obligaciones mediante la suscripción de contratos. No obstante, dentro del espectro de la contratación estatal, además de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, se requiere integrar a la capacidad jurídica para contratar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

**CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad jurídica – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico.

Se puede afirmar que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva.

**LEY 1474 DE 2011 – Artículo quinto – Inhabilidad para contratar - Naturaleza**

inhabilidad establecida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, en torno a la que se consulta, debe ser interpretada conforme al principio *pro libertate*, lo que supone una interpretación restrictiva de su contenido. Dicho artículo consagra una inhabilidad que impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la «*misma entidad*» contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, prohibición que se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas.

**LEY 1474 DE 2011 – Artículo quinto – Inhabilidad para contratar – Interpretación restrictiva**

El alcance de la expresión «*misma entidad*», en torno al que indaga el peticionario, está necesariamente determinado por su significado más restrictivo. De acuerdo con esto, al aludir a la «*misma entidad*», el artículo está refriéndose a una entidad – de las establecidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 – con la que se celebró alguno de los contratos mencionados en el artículo. En ese sentido, el artículo alude a un mismo ámbito de autonomía administrativa y capacidad jurídica conforme al cual celebra el contrato que inhabilita al contratista.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 24 Marzo 2021

Señor

**Carlos Gustavo Yara Quintero**

Natagaima, Tolima

**Concepto C – 095 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Estructura – Aspectos Generales – Descentralización y desconcentración / CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad jurídica – Fundamento general – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades / LEY 1474 DE 2011 – Artículo quinto – inhabilidad para contratar – Naturaleza / LEY 1474 DE 2011 – Artículo quinto – inhabilidad para contratar – Requisitos. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210209001066 |

Estimado señor Yara:

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 2 de febrero de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted formula la siguiente consulta en relación con la inhabilidad consignada en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011:

«[…] cuando se habla de la inhabilidad consignada en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 ¿cuál sería el alcance de la expresión “misma entidad” dado que en una misma jurisdicción confluyen entidades como alcaldía, la empresas (sic) de servicios públicos y empresa social del estado E.S.E., en tal sentido se hablaría de todas estas entidades de una misma jurisdicción como un todo es decir todas serían una misma entidad? ¿O por el contrario dichas entidades son totalmente distintas y no habría inconveniente al celebrar contratos de obra con una de esas entidades y uno de interventoría con otra de estas entidades de manera simultánea?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha referido al alcance y ámbito de aplicación del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, entre otros, mediante los conceptos 4201912000006288 del 7 de noviembre de 2019, C – 090 del 24 de febrero de 2020, C – 125 del 3 de marzo de 2020 y C – 386 del 24 de julio de 2020. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación.

**2.1. Aspectos generales de la estructura de la administración pública en materia de descentralización de funciones y capacidad para contratar**

La existencia de un amplio catálogo de fines del Estado de raigambre constitucional[[1]](#footnote-1), y amplio desarrollo legislativo, en el marco de un Estado Social de Derecho, implica la existencia de un sinnúmero de instituciones que funcionen para el cumplimiento de tales fines. En ese sentido, la Administración Pública, como titular principal del ejercicio de la función administrativa, está conformada por distintos tipos de entidades que se dedican a la consecución de dichos fines mediante el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna.

El capítulo quinto del título sexto de la Constitución Política contiene las normas superiores relacionadas con la función administrativa. Allí se dispone, entre otras cosas, que la función administrativa será ejercida y desarrollada mediante las figuras de descentralización, delegación y desconcentración de funciones[[2]](#footnote-2). La referida norma sirve como base para el desarrollo legislativo y reglamentario relacionado con la organización de la administración pública, cuya función principal radica en contribuir con el cumplimiento de las finalidades constitucionalmente asignadas a las entidades estatales de diferente orden y naturaleza.

En cuanto a las figuras contempladas por el artículo 209 constitucional, estas implican la transferencia de la competencia administrativa desde diferentes perspectivas. Al respecto, entre otras normas, la Ley 489 de 1998 reguló el ejercicio de la función administrativa, determinando y estructurando los principios y reglas básicas de su organización[[3]](#footnote-3). En efecto, los artículos 7 y 8 de la Ley 489 de 1998 determinan el alcance de la descentralización y la desconcentración administrativa para efectos de las entidades adscritas a la rama ejecutiva del poder público.

En relación con la descentralización administrativa, el artículo 7 de la Ley 489 de 1998 contempló que, en desarrollo de los principios constitucionales y legales pertinentes, el Gobierno Nacional procurará :«[…] desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación».

Lo anterior, en los términos desarrollados por la Corte Constitucional, implica que, a través de la *descentralización*, el nivel central del poder público transfiere competencias y autonomía para actuar a las entidades autorizadas legislativamente[[4]](#footnote-4) para tal fin, conservando sobre ellas un control de tutela derivado del principio de coordinación que rige la función administrativa.[[5]](#footnote-5)

De acuerdo con los presupuestos examinados y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las entidades del nivel central podrán descentralizar sus funciones en los términos previstos por la Constitución y la ley. Así, se generarán entidades autónomas e independientes, dotadas de personería jurídica y capacidad para contraer derechos y obligaciones. A su vez, las diferentes entidades del orden central o descentralizado podrán desconcentrar o delegar sus funciones, sin que esto implique la transferencia de su autonomía o la creación de personas jurídicas independientes.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública– en adelante EGCAP– planteó como objetivo de este régimen el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados[[6]](#footnote-6). Así mismo, en su artículo 2, determinó aquello que debía entenderse como entidad estatal[[7]](#footnote-7), agrupando una serie de entidades que, en general y de conformidad con las definiciones alcanzadas por la Ley 489 de 1998, son creadas y actúan en función de la figura de la descentralización, gozando de autonomía administrativa y jurídica en el ejercicio de sus funciones. Tales entidades, en principio, en virtud de su inclusión en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, tiene capacidad para celebrar contratos estatales, en los términos en que se lo permitan sus normas de creación o disposiciones estatutarias.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que las personas legalmente capaces, nacionales y extranjeras, y las estructuras plurales – consorcios y uniones temporales– podrán celebrar contratos con las entidades estatales del orden nacional o regional de diferente naturaleza[[8]](#footnote-8). De esta manera, puede observarse que, como ocurre en el régimen privado, los contratos celebrados en el marco de una actividad estatal requieren que los extremos de la relación sean de naturaleza pública o privada, y que estén dotados de capacidad jurídica para contraer obligaciones mediante la suscripción de contratos. No obstante, dentro del espectro de la contratación estatal, además de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, se requiere integrar a la capacidad jurídica para contratar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tema que se analiza a continuación.

De acuerdo con lo anterior, la actividad contractual del Estado está al servicio de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos. Para el cumplimiento de dichos fines, el ordenamiento jurídico, les ha asignado funciones administrativas y capacidad para contratar a diferentes tipos de entidades estatales, las cuales ejercen tales competencias de acuerdo con el ámbito de autonomía y limitaciones establecidas por la ley.

**2.2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, la interpretación de sus disposiciones y la labor de interventoría**

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»[[9]](#footnote-9). Las limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrollan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis la moralidad administrativa.[[10]](#footnote-10).

Se puede afirmar que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

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

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado[[11]](#footnote-11).

Además, la Corte Constitucional ha explicado que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República de conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad, en los siguientes términos:

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[12]](#footnote-12).

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[13]](#footnote-13).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-14) establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

Ahora bien, 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. 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.

Las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[15]](#footnote-15), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado 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»[[16]](#footnote-16). 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»[[17]](#footnote-17). 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[[18]](#footnote-18).

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.); […][[19]](#footnote-19).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* dirige la interpretación de las disposiciones que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

De acuerdo con lo anterior, la inhabilidad establecida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, en torno a la que se consulta, debe ser interpretada conforme al principio *pro libertate,* lo que supone una interpretación restrictiva de su contenido. Dicho artículo consagra una inhabilidad que impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la «*misma entidad»* contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, prohibición que se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas[[20]](#footnote-20).

 En ese sentido, el alcance de la expresión «*misma entidad»*debe acotarse de acuerdo con un parámetro restrictivo. Para tales efectos, es necesario precisar que, antes de aludir a una «*misma entidad»*, el artículo 5 *Ibídem* contiene otras expresiones que condicionan el contenido de esta.

 i) Por un lado, la primera parte del supuesto de hecho de la norma prescribe «[…] Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas […]». De acuerdo con esto, la consecuencia de esta inhabilidad se aplica con quienes hayan celebrado estos tipos de contratos, a sus cónyuges, a sus compañeros permanentes y parientes en los grados referidos, así como sus socios en sociedad distintas de las anónimas abiertas;

ii)En segundo lugar, a continuación de la anterior expresión, el artículo introduce el siguiente condicionante «[…]con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993». Esto implica que la inhabilidad opera cuando el contrato fue celebrado con alguna de las entidades cobijadas por la definición de entidad estatal del artículo 2 de la Ley 80 de 1993; y

 iii) Por último, es pertinente aludir a la parte final del artículo que reza: «[…] durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad». Como se advierte, este apartado define la consecuencia jurídica al supuesto de hecho analizado, definiendo además un ámbito temporal, el cual transcurre entre plazo de ejecución y liquidación del contrato en virtud de cuya celebración se inhabilita el contratista para celebrar un contrato de interventoría con la «*misma entidad»*.

 Teniendo esto presente, el alcance de la expresión «*misma entidad»,* en torno al que indaga el peticionario, está necesariamente determinado por su significado más restrictivo. De acuerdo con esto, al aludir a la «*misma entidad»*, el artículo está refriéndose a una entidad–de las establecidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993– con la que se celebró alguno de los contratos mencionados en el artículo. En ese sentido, el artículo alude a un mismo ámbito de autonomía administrativa y capacidad jurídica conforme al cual celebra el contrato que inhabilita al contratista.

 Esto implica que, sin perjuicio de que varias entidades estatales, coincidan en un mismo ámbito de competencia territorial, el hecho de que se celebre un contrato de obra con una entidad no significa que se inhabilite al contratista para celebrar un contrato de interventoría con otra entidad que tenga competencia dentro del mismo territorio. Lo anterior significa que, por ejemplo, si una persona suscribe un contrato de obra con un municipio, este hecho *per se*, no lo inhabilita para suscribir un contrato de interventoría con la empresa social del Estado designada para prestar servicios de salud dentro de dicho municipio, comoquiera que tales entidades son autónomas administrativamente y tienen capacidad jurídica, por lo que no pueden ser entendidas como una misma entidad.

 Un análisis distinto merece una situación en la que, por ejemplo, la secretaría de planeación de un municipio celebre con una persona un contrato de concesión, y luego desde la secretaría de desarrollo Social se pretenda celebrar un contrato de interventoría con el mismo sujeto. En este evento, el contratista, en virtud de la aplicación del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, estaría inhabilitado para celebrar el segundo contrato ya que tales secretarías de despacho no gozan de autonomía administrativa, ni capacidad para celebrar contratos, ya que hacen parte de una misma entidad: el municipio.

**3. Respuesta**

«[…] cuando se habla de la inhabilidad consignada en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 ¿cuál sería el alcance de la expresión “misma entidad” dado que en una misma jurisdicción confluyen entidades como alcaldía, la empresas (sic) de servicios públicos y empresa social del estado E.S.E., en tal sentido se hablaría de todas estas entidades de una misma jurisdicción como un todo es decir todas serían una misma entidad? ¿O por el contrario dichas entidades son totalmente distintas y no habría inconveniente al celebrar contratos de obra con una de esas entidades y uno de interventoría con otra de estas entidades de manera simultánea?».

De conformidad con lo expuesto, las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades deben ser interpretadas conforme al principio *pro libertate,* lo que significa que su contenido se interpreta de forma restrictiva. En este sentido, respecto de este tipo de disposiciones no proceden interpretaciones extensivas o finalistas.

En ese sentido, la expresión *«misma entidad»*, contenida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, debe ser entendida conforme a su significado más restringido, el cual, según las consideraciones expuestas, se refiere a un mismo ámbito de autonomía administrativa y capacidad para celebrar contratos.

De acuerdo con lo anterior, la expresión *«misma entidad*» no debe ser interpretada en términos de una mismo ámbito territorial de competencia, pues, para los efectos del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, el hecho de que dos o más entidades tengan competencias con igual limitación espacial no significan que constituyan una «*misma entidad»*, al tener cada una autonomía administrativa independiente. En ese sentido, para determinar si dos entes hacen parte de una «*misma entidad»* se debe determinar si estos, independientemente de su ámbito territorial de competencia, tienen autonomía administrativa y capacidad jurídica independiente para la celebración de contratos estatales, pues si gozan de tal autonomía e independencia en materia contractual habría que concluir que se trata de entidades diferentes, sin que pueda aplicar la inhabilidad contenida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Constitución Política «Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

»Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Constitución Política, Artículo 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

»Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley». [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 489 de 1998, Artículo 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Constitución Política, Artículo 210. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia C – 727 del 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 80 de 1993: «Artículo 3o. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

»Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 80 de 1993, «Artículo. 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 80 de 1993: «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.

   »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-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, quien se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos: «De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

»Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado». CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 80 de 1993: «Artículo 8: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

  »a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

  »b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

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

  »d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

  »e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

  »f) Los servidores públicos.

  »g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

»h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

  »i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

  »Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

  »j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

 »Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, represen­tantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con ex­cepción de las sociedades anónimas abiertas. También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la perso­nería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, ad­ministradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.  La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma perma­nente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

[…]

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

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

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

   »c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

   »d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

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

»f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público». [↑](#footnote-ref-14)
15. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico De La Contratación Estatal. Recuperado de https://xperta.legis.co, Capítulo VI Inhabilidades e Incompatibilidades, Sección 2 Interpretación Restrictiva. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ley 1474 de 2011 «Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad». [↑](#footnote-ref-20)