**CCE-DES-FM-17**

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Taxatividad – 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*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, 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.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Conflicto de interés –Comité Evaluador**

De conformidad con la pregunta planteada por el peticionario sobre si es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés en relación con los miembros del «comité evaluador» de ofertas de las entidades estatales, dentro de los procesos de selección, se tiene que el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.2.2.3, establece que las entidades estatales pueden designar un comité evaluador, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada proceso de contratación.

[...]

[...] el inciso segundo de la citada disposición normativa señala que los miembros del comité evaluador están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés establecido en la Constitución y la Ley, esto debido al grado de responsabilidad que tienen estas personas frente a la labor que les ha sido encomendada, siendo esta restricción razonable y proporcional, de cara a la evaluación de ofertas dentro de un proceso de selección, el cual debe estar dotado de todos los principios que rigen la contratación pública, para este aspecto en específico, con primordial énfasis en el principio de transparencia.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Alcance – Artículo 8, literal b) – Ley 80 de 1993**

[…]

A manera de ejemplo, en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sobre una de las causales establecidas en la ley y que se relaciona con el objeto de la consulta, el artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993, señala que no podrán participar en procedimientos de selección ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva «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». De acuerdo con lo explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-429 de 1997, esta causal de inhabilidad protege el principio de moralidad administrativa, pues «[…] se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa».

**CONFLICTO DE INTERÉS – Ámbito de aplicación – Artículos 11 y 12 cpaca – Comité evaluador**

[…]

La institución de los conflictos de interés no está definida con carácter general en las normas que regulan la contratación estatal, por lo que es un asunto ausente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Sin embargo, el artículo 77 de la Ley 80 ha señalado que «en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales». Esta disposición es armónica, además, con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, que en su artículo segundo establece que las disposiciones de dicho código se aplicarán de forma supletiva en los aspectos no regulados en procedimientos administrativos especiales, como sería en los procedimientos administrativos de selección de contratistas



Bogotá, 31 Agosto 2021

Señor

Carlos Andrés Suescún Ballesteros

Bogotá D.C

**Concepto C- 449 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES– Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / RÉGIMEN DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERÉS – Comité Evaluador / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Alcance de las prohibiciones reguladas en el artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993 / / CONFLICTO DE INTERÉS – Ámbito de aplicación en la contratación estatal – Artículos 11 y 12 Ley 1437 de 2011 – Comité evaluador  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210716006290.  |

Estimado señor Suescún,

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 16 de julio de 2021.

**1. Problema planteado**

En relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades usted realiza la siguiente consulta:

«Solicito cordialmente se amplié el concepto sobre: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre contratistas y miembros del comité evaluador. ¿Hasta qué grado existe inhabilidad por consanguinidad entre contratistas y miembros del comité evaluador? ¿Entre contratistas y miembros del comité de evaluación existe conflicto de intereses?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual; además de ello, ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Dicho estudio se puede apreciar en los conceptos con radicados Nos. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−402 del 26 de junio de 2020, C−365 del 30 de junio de 2020, C−386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C–592 del 14 de septiembre de 2020, C−551 de 24 de septiembre de 2020, C−709 del 7 de diciembre de 2020, C–721 de 14 de diciembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C–815 del 18 de febrero de 2021, C–047 del 8 de marzo de 2021, C–113 del 30 de marzo de 2021, C–122 del 30 de marzo de 2021, C–178 del 28 de abril de 2021, C-293 del 28 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021 y C-349 del 15 de julio de 2021. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación.

**2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley**

En la contratación estatal, la *capacidad* *jurídica* 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 entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP)–, 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).

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir en los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civilo iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado.

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. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter 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, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –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). De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, 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.

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 también ha acogido 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. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, 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)[[10]](#footnote-10).

De igual forma, conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos 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 punición por indignidad política –pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[11]](#footnote-11).

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 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–. A su turno, 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– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

Al margen de la clasificación mencionada, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma 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.

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, «[…] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos»[[12]](#footnote-12). En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas […]»[[13]](#footnote-13). En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

**2.2. Alcance del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés frente a los miembros del comité evaluador de ofertas de las entidades estatales**

De conformidad con la pregunta planteada por el peticionario sobre si es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés en relación con los miembros del «comité evaluador» de ofertas de las entidades estatales, dentro de los procesos de selección, se tiene que el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.2.2.3[[14]](#footnote-14), establece que las entidades estatales pueden designar un comité evaluador, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada proceso de contratación.

Las funciones principales de dicho comité son las de realizar su labor de manera objetiva conforme a las reglas exclusivas contenidas en los pliegos de condiciones, siendo su obligación valorar y calificar las ofertas en atención a lo estipulado en dichos pliegos, y a partir de la recomendación de este comité el jefe de la entidad, como responsable del Proceso de Contratación, tomará la decisión correspondiente en relación con el procedimiento de selección. Por lo anterior, el límite para la decisión que adopte el comité evaluador será lo que esté previsto en el pliego de condiciones.

En virtud de lo anterior, el inciso segundo de la citada disposición normativa señala que los miembros del comité evaluador están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés establecido en la Constitución y la Ley, esto debido al grado de responsabilidad que tienen estas personas frente a la labor que les ha sido encomendada, siendo esta restricción razonable y proporcional, de cara a la evaluación de ofertas dentro de un proceso de selección, el cual debe estar dotado de todos los principios que rigen la contratación pública, para este aspecto en específico, con primordial énfasis en el principio de transparencia.

A manera de ejemplo, en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sobre una de las causales establecidas en la ley y que se relaciona con el objeto de la consulta, el artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993, señala que no podrán participar en procedimientos de selección ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva «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». De acuerdo con lo explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-429 de 1997, esta causal de inhabilidad protege el principio de moralidad administrativa, pues «[…] se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa».

Como se observa, la restricción aplica a los parientes de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo. Para estos efectos, es necesario remitirse a la normativa que rige la función pública, la cual clasifica los cargos públicos de acuerdo con su nivel jerárquico dentro la administración del orden nacional y territorial. No obstante, de acuerdo con los Decretos 770 y 785 de 2005, que regulan las funciones y requisitos de los empleos públicos de entidades del orden nacional y territorial, respectivamente, señalan como responsabilidad del Gobierno nacional la modificación de las plantas de personal para que se elimine el nivel «ejecutivo» y se utilicen los niveles jerárquicos señalados por los Decretos, dentro de los cuales figuran el nivel «directivo» y «asesor», entre otros[[15]](#footnote-15).

Las definiciones del nivel «directivo» y del nivel «asesor», en los Decretos citados, están claramente diferenciadas, por lo cual el nivel directivo no es equivalente al nivel asesor, sino que son diferentes y comprenden funciones generales que no se asimilan entre sí, y se dividen de acuerdo con lo requerido para cada cargo[[16]](#footnote-16).

En esta medida, considerando las modificaciones introducidas por normas posteriores, prácticamente ha desaparecido la referencia al nivel ejecutivo dentro de las plantas de cargos de las entidades públicas. Por tanto, la restricción prevista en el artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993 se aplica especialmente a los parientes de los servidores públicos de los niveles directivo y asesor.

Igualmente, esta inhabilidad aplica a los familiares de los miembros de la junta o consejo directivo. Teniendo en cuenta que el artículo 4 de los Decretos 770 y 785 de 2005 dispone que el nivel directivo «Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos», la Corte Constitucional en la decisión anteriormente citada explica que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos. Además, también aplica a los parientes de las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante[[17]](#footnote-17).

Naturalmente, la restricción no aplica a todos los familiares sino a los parientes «[…] hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil […]». De esta manera, el parentesco por consanguinidad para la prohibición se restringe a los padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos conforme a las definiciones de los artículos 35 y siguientes del Código Civil. Lo anterior, sin que pueda extenderse del tercer grado de consanguinidad en adelante, ya que no es posible la interpretación extensiva.

Partiendo del ejemplo de la causal anterior, que hace parte del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que constituyen límites a la capacidad jurídica de los proponentes que pretenden participar en procesos de selección llevados a cabo por entidades estatales, al igual que para suscribir contratos, por lo que al encontrarse que uno de los proponentes se encuentra inmerso en alguna de estas causales procedería el rechazo de la oferta. Ahora bien, estas causales de inhabilidad e incompatibilidad podrían presentarse teniendo en cuenta alguna relación entre los miembros del comité evaluador, quienes pueden ser servidores públicos, y alguno de los proponentes. Este sería el caso en que eventualmente el comité evaluador estuviera conformado por un servidor del nivel asesor, caso en el cual las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con dicho servidor público no podrían participar en el procedimiento de selección. Lo anterior teniendo en cuenta la causal analizada anteriormente establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En todo caso, lo anterior simplemente reafirma la línea desarrollada en el numeral 1 de este concepto, en el sentido de que las causales de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restrictiva, de manera que aplican en los casos establecidos por el legislador. Ahora bien, un ejemplo como el anterior en realidad podría ser de difícil ocurrencia, dado que los servidores de estos niveles no suelen ser parte en los comités de evaluación de las ofertas; pero ello no desvirtúa el criterio interpretativo señalado anteriormente, que consiste simplemente en aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En este sentido, en los casos en que eventualmente se configurara una causal de inhabilidad e incompatibilidad por alguna relación existente entre un proponente y un miembro del comité evaluador, dicho oferente no podría participar en el procedimiento de selección, por encontrarse incurso en dicha prohibición. Sin embargo, como se indicó esto sería de difícil ocurrencia, de modo que únicamente se presentaría en el evento de configurarse alguna de las causales establecidas por el legislador.

Ahora bien, un tratamiento distinto ocurre frente a los «conflictos de interés» que se le pueda presentar a uno de los miembros del comité evaluador con algún proponente, pues las consecuencias son totalmente diferentes. De esta manera, esta Agencia ha realizado algunos pronunciamientos sobre el régimen de los conflictos de interés en la contratación estatal, consideraciones que se retomarán y complementarán en lo pertinente[[18]](#footnote-18).

De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, la función administrativa debe desarrollarse conforme al principio de moralidad, mandato que se concreta en la idea de que «[…] todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas […]» –numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011–. En desarrollo de esta directriz, el régimen de los *conflictos de interés* tiene como objetivo la prevalencia del bien común sobre el particular, razón por la cual se configuran cuando actúan influenciados por consideraciones personales que colisionan con el beber de preservar su independencia e imparcialidad. En este sentido, se definen como la concurrencia de intereses antagónicos que afectan la transparencia de las decisiones, al implicar –en detrimento del interés general– el aprovechamiento personal, familiar o particular[[19]](#footnote-19).

La institución de los conflictos de interés no está definida con carácter general en las normas que regulan la contratación estatal, por lo que es un asunto ausente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Sin embargo, el artículo 77 de la Ley 80 ha señalado que «en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales». Esta disposición es armónica, además, con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, que en su artículo segundo establece que las disposiciones de dicho código se aplicarán de forma supletiva en los aspectos no regulados en procedimientos administrativos especiales, como sería en los procedimientos administrativos de selección de contratistas[[20]](#footnote-20).

De esta manera, en los procedimientos administrativos de selección de contratistas resultan aplicables, de forma supletiva, la regulación de los conflictos de interés, las causales de impedimento y recusación, al igual que el trámite de los impedimentos y recusaciones, esto es, los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011. De esta manera, estos aplicarían a los servidores que realizan los procedimientos de selección de contratistas por parte de la entidad estatal, dentro de los cuales se encontrarían quienes hacen parte de los comités de evaluación de las ofertas. Por lo anterior, sus destinatarios no son los proponentes o contratistas particulares que participan en el procedimiento de selección o celebran el contrato con la entidad estatal, sino los servidores indicados. En este sentido, en caso de que estos servidores adviertan que incurren en alguna de las causales establecidas en el artículo 11 del CPACA, dada su relación, de acuerdo con las causales establecidas en dicho artículo, con alguno de los proponentes, correspondería aplicar el trámite establecido en el artículo 12 de la misma ley. Sobre el particular el artículo 11 de la mencionada Ley ha establecido frente al conflicto de interés lo siguiente:

Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por: […]

De igual forma el mismo aparte normativo ha señalado las causales de impedimento y recusación, para el caso de la consulta vale la pena destacar, a modo de ejemplo, la siguiente:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Por tanto, dado que el régimen de conflicto de interés también es aplicable a los miembros del comité evaluador, en el caso que un integrante del comité al estudiar una oferta, se encuentre en la situación descrita o alguna de las otras establecidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, lo procedente sería declararse impedido conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011. De no hacerlo, el mismo podrá ser recusado por cualquier persona que haya detectado la situación siguiendo igualmente el procedimiento descrito en la misma disposición, por afectarse su imparcialidad y objetividad.

**3. Respuesta**

«Solicito cordialmente se amplié el concepto sobre: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre contratistas y miembros del comité evaluador. ¿Hasta qué grado existe inhabilidad por consanguinidad entre contratistas y miembros del comité evaluador? ¿Entre contratistas y miembros del comité de evaluación existe conflicto de intereses?».

Conforme a las consideraciones antes indicadas y al tenor del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, artículo 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, el articulo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, deben estar expresamente establecidas en la Constitución o la Ley, esto en virtud del principio de legalidad.

En consecuencia, el marco jurídico ha señalado que a los miembros del comité evaluador de los diferentes procesos de selección que lleven a cabo las entidades estatales, están sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. Ahora bien, si un oferente se encuentra dentro de una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad establecidas por la ley con uno de los integrantes del comité evaluador, esto conlleva a la afectación de la capacidad jurídica del proponente, por lo que no podría participar en el procedimiento de selección. Lo anterior, siempre que se presente alguna de las causales establecidas en la ley, las cuales como se expresó, serían de difícil configuración, por lo que se remite al peticionario a las consideraciones donde se profundizó en la idea anterior.

Ahora bien, en el caso de presentarse un *conflicto de interés* entre un oferente y un integrante del comité evaluador, la consecuencia jurídica para este último será declararse impedido para evaluar las propuestas y realizar actuaciones en dicho procedimiento de selección. De no manifestar su impedimento, podría ser recusado. En tal sentido, como se expresó, las causales de impedimento y recusación por presentarse un conflicto de interés frente a uno de los miembros del comité evaluador serían las establecidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y su trámite se adelantaría de acuerdo con el artículo 12 de esta misma ley.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Jorge Alberto García Calume Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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 MORENO, 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. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente 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. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

 [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. [↑](#footnote-ref-13)
14. «Artículo 2.2.1.1.2.2.3. Comité evaluador. La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión.

»Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley. […]» [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 770 de 2005: «Artículo 3. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades u organismos a los cuales se refiere el presente decreto se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

[...]

»Artículo 13. Transitorio. El Gobierno Nacional, en un término no superior a doce (12) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto, modificará las plantas de personal de los organismos y entidades a los cuales se aplica el presente decreto, para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación. Hasta que dichas modificaciones se realicen continuarán vigentes las denominaciones de empleo correspondientes al nivel ejecutivo. Vencido este plazo no podrán existir en las respectivas plantas de personal cargos con denominaciones del mencionado nivel jerárquico.

»Si durante este período se presentare vacante definitiva en alguno de los empleos pertenecientes al nivel ejecutivo, este deberá ser suprimido, salvo que por necesidades del servicio se efectúen las equivalencias del caso, dentro del Nivel Profesional.

»La aplicación de las equivalencias relacionadas con la nomenclatura de empleos, en ningún caso conllevará incrementos salariales».

Decreto 785 de 2005: «Artículo 3. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

[...]

»Artículo 33. Transitorio. Las autoridades territoriales competentes, en un término no superior a doce (12) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto­ley, procederán a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación.

»Hasta que dichas modificaciones se realicen continuarán vigentes las siguientes denominaciones de empleo correspondientes al nivel ejecutivo, así:

[...]

»Parágrafo. Vencido el plazo señalado en este artículo, no podrán existir en las respectivas plantas de personal cargos con denominaciones del mencionado nivel jerárquico. Si durante este período se presentare vacante definitiva en alguno de los empleos pertenecientes al nivel ejecutivo, este deberá ser suprimido, salvo que por necesidades del servicio se efectúen las equivalencias del caso, dentro del nivel profesional». [↑](#footnote-ref-15)
16. Decreto 770 de 2005: «Artículo 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»4.1 Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

»4.2 Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional»

Decreto 785 de 2005: «Artículo 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

»4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial». [↑](#footnote-ref-16)
17. Para la doctrina, «En lo que respecta a los funcionarios que ejercen el control fiscal, en nuestra opinión, la disposición resulta inaplicable. En momentos en que se expidió el estatuto de contratación, por virtud de la legislación vigente en materia de régimen fiscal, la mayoría de entes descentralizados contaban con una oficina delegada de la Contraloría en la misma sede de la entidad vigilada que se encargaba de realizar las funciones de control respecto de ella. Usualmente participaba en la toma de decisiones y entre ellas las relativas a contratos. Con las reformas que introdujo la Ley 42 de 1993, las llamadas auditorías o agencias de control fiscal destacadas en cada entidad desaparecieron y con ello la incompatibilidad devino en irrealizable por sustracción de materia» (Cfr. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. pp. 290 – 291). Sin embargo, también agrega que «[…] la utilidad de la disposición se encuentra cuando dichas funciones sean desempeñadas por personas particulares, en virtud de contrato, caso en el cual se presentaría la prohibición (Cfr. PÁLACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Octava edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. SAS. p. 152). [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. Concepto C–229 del 16 de abril de 2020. [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 23 de marzo de 2011. Rad. 2.045. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ley 1437 de 2011: «Artículo 2°.Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

»Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código». [↑](#footnote-ref-20)