**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES ― Límites a la capacidad**

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en el de las entidades exceptuadas de aquel. 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), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012–, 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.

**INHABILIDADES ― Concepto ― Tipos**

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.

[…] 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

**INHABILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate***

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.

[…]

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.

**INHABILIDADES ― Ley 1296 de 2009 ― Alcance**

El artículo 1° de la Ley 1296 de 2009, que modifica el inciso 3 del artículo 1° de la Ley 1148 de 2011, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 del 2000, establece que «Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente».

la citada inhabilidad tiene fundamento en las relaciones familiares o de parentesco con los servidores públicos que ostentan la calidad de gobernador, diputado, alcalde y concejal municipal o distrital. Esa circunstancia implica que esa causal de inhabilidad se instituyó, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad para ser contratista del correspondiente departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, de acuerdo con la existencia de parentesco o familiaridad con aquellos servidores públicos.

[…]

La inhabilidad de que trata el artículo 1° Ley 1296 de 2009 subsiste para los sujetos señalados mientras los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales desempeñen dichos cargos. En consecuencia, ateniendo a la interpretación restrictiva de las inhabilidades, en caso de que los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales dejen de ostentar tal calidad, se extinguiría para sus cónyuges o compañeros permanentes y parientes señalados la prohibición para contratar con el respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.



Bogotá, 21 Septiembre 2021

Señor

**Carlos Fernando Reyes Moreno**

Sopó, Cundinamarca

 **Concepto C ‒ 262 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INHABILIDADES ― Límites a la capacidad / INHABILIDADES ― Concepto ― Tipos / INHABILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate* / INHABILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Ley 1296 de 2009 ― Alcance  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210809007063 |

Estimado señor Reyes:

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, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 9 de agosto del 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a la inhabilidad consagrada en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 del 2000, modificado por la Ley 1296 de 2009, usted realiza la siguiente pregunta: «Bajo el alcance de esta norma ¿podría un alcalde municipal contratar a la madre de la compañera permanente de un concejal activo del respectivo municipio?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud.

Sin perjuicio de lo anterior, para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) el 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 ii) el alcance de la inhabilidad establecida en la Ley 1296 de 2009.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó desde una perspectiva general el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, en los conceptos C–032 del 19 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020 y C-815 del 18 de febrero de 2021. Particularmente, en el concepto C-190 del 30 de abril de 2021, se estudió el alcance la inhabilidad establecida en inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 del 2000, modificadas por la Ley 1296 de 2009. Las tesis expuestas en dichos conceptos se reiteran en lo pertinente.

**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**

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[[2]](#footnote-3), como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[3]](#footnote-4). 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[[4]](#footnote-5).

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»[[5]](#footnote-6). 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*[[6]](#footnote-7). 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»[[7]](#footnote-8). 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»[[8]](#footnote-9). 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[[9]](#footnote-10).

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.); […][[10]](#footnote-11).

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, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

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)[[11]](#footnote-12).

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[[12]](#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 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, la aplicación de las inhabilidades debe apegarse estrictamente a lo consagrado en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferente a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado.

**2.2. Alcance de la inhabilidad establecida en la Ley 1296 de 2009 y su interpretación restrictiva**

El artículo 1° de la Ley 1296 de 2009, que modifica el inciso 3 del artículo 1° de la Ley 1148 de 2011, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 del 2000, establece una inhabilidad para contratar con algunas entidades estatales, derivada de los aspectos propios de la persona, como es el parentesco o afinidad con determinado servidor público. La norma dispone que «Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente».

Según se observa, la citada inhabilidad tiene fundamento en las relaciones familiares o de parentesco con los servidores públicos que ostentan la calidad de gobernador, diputado, alcalde y concejal municipal o distrital. Esa circunstancia implica que esa causal de inhabilidad se instituyó, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad para ser contratista del correspondiente departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, de acuerdo con la existencia de parentesco o familiaridad con aquellos servidores públicos. En este sentido, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 1296 2009 en los siguientes términos:

[…] debe recordarse que la proporcionalidad de la inhabilidad demandada ya fue juzgada por esta Corte en la sentencia C-348 de 2004, en donde se concluyó que “*Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios*”[[13]](#footnote-14).

De lo anterior se desprende que esta inhabilidad se sustenta en la necesidad de garantizar los principios constitucionales y el interés general, mediante la limitación de la capacidad de contratación de ciertas personas, con el fin de evitar que los servidores públicos con determinadas calidades actúen en favor de aquellas, en virtud de su relación de consanguinidad, afinidad o familiaridad. Sin embargo, de acuerdo con el alcance determinado por la Corte Constitucional, debe interpretarse que esta limitación a la capacidad de contratación únicamente surte efecto dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo gobernador, alcalde, diputado o concejal.

Esto significa que las personas señaladas en el artículo 1° de la Ley 1296 de 2009 no podrán contratar en el territorio en el que su cónyuge o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, ejerza sus competencias como gobernador o diputado, o alcalde o concejal municipal o distrital. Además, la limitación señalada, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional «no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales». Así lo precisó la Corte Constitucional:

Empero, para garantizar la proporcionalidad, dicho fallo condicionó la exequibilidad de la norma en el entendido de que*“las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal”.*Además, decidió que “*para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997*(…),*“la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable*”[[14]](#footnote-15).

Dichas precisiones constitucionales introducidas por la sentencia C-348 de 2004 siguen surtiendo efectos, a pesar que la misma norma se encuentra ahora en una disposición diferente. Por lo tanto, no se hace necesario reiterar dichos condicionamientos, en la parte resolutiva de la presente sentencia.

De esta manera, esta inhabilidad, como todas las demás contenidas en el ordenamiento jurídico, debe interpretarse, según se explicó, de manera restrictiva y, por ello, su aplicación y alcance debe circunscribirse a lo expresamente consagrado en la Ley y en la jurisprudencia. Por ello, conforme se ha expuesto, la situación de hecho que genera la inhabilidad contenida en el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009 es el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con los gobernadores, diputados, alcaldes o concejales.

En este sentido, los cónyuges son aquellas personas vinculadas entre sí a través del contrato de matrimonio[[15]](#footnote-16), que puede ser civil o religioso. Mientras que los compañeros permanentes son aquellas personas que integran una comunidad vida, sin estar casados, denominada unión marital de hecho[[16]](#footnote-17). Tratándose de compañeros permanentes, la Corte Constitucional extendió los efectos de la inhabilidad objeto de estudio a las parejas del mismo sexo, considerando la protección o salvaguarda del principio de igualdad, para lo cual explicó que:

[…] la situación de los integrantes de las parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes y no se aprecia ninguna razón para establecer una diferencia de trato.

Así, en la medida en que entre los integrantes de parejas del mismo sexo surge un vínculo especial, basado en relaciones de afecto y de apoyo mutuo, y siendo ese el criterio empleado por el legislador en las disposiciones demandadas, la exclusión injustificada de estas personas de entre los destinatarios de tales disposiciones resulta contraria a la Constitución por desconocer el principio de igualdad.[[17]](#footnote-18)

De otra parte, en relación con el parentesco, conforme al Código Civil, este se clasifica en parentesco de consanguinidad o parentesco de afinidad. El parentesco de consanguinidad corresponde a la «[…] relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre»[[18]](#footnote-19). Por su parte, el parentesco de afinidad se refiere a la relación surgida entre una persona y los consanguíneos de su esposo, esposa o compañeros permanentes, según el caso[[19]](#footnote-20).

En cuanto a los grados del parentesco se refiere, ya sea de consanguinidad o de afinidad[[20]](#footnote-21), estos se cuentan en consideración al número de generaciones existentes entre las personas. De esta manera, esta causal de inhabilidad se configura, por ejemplo, sin reducirse a ellos, respecto de los padres, hermanos, abuelos, nietos, tíos y primos, y demás personas que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad. Mientras que, dentro del segundo grado de afinidad están, por ejemplo, los padres, hermanos –cuñados–, abuelos y nietos del cónyuge o compañero permanente. Respecto del parentesco civil, el Código de la Infancia y de la Adolescencia señala que «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»[[21]](#footnote-22), por tanto, se encuentran inmersos en esta situación, por ejemplo, los hijos adoptivos.

Según se observa, la intención del legislador es clara en establecer como condicionante de la capacidad para contratar de estas personas, su relación familiar o de parentesco con los gobernadores, diputados, alcaldes o concejales, precisamente para evitar la injerencia indebida de estos en la gestión pública a favor de aquellos, teniendo en cuenta su cercanía. Bajo estas consideraciones, la inhabilidad de que trata el artículo 1° Ley 1296 de 2009 subsiste para los sujetos señalados mientras los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales desempeñen dichos cargos. En consecuencia, atendiendo a la interpretación restrictiva de las inhabilidades, en caso de que los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales dejen de ostentar tal calidad, se extinguiría para sus cónyuges o compañeros permanentes y parientes señalados la prohibición para contratar con el respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Ello es así por cuanto la norma no establece una extensión de la limitación para contratar una vez cese la calidad de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, como lo hace respecto de otras inhabilidades o incompatibilidades[[22]](#footnote-23). Además, debe agregarse que, atendiendo al propósito de la inhabilidad de garantizar los principios constitucionales y el interés general en relación con el ejercicio de dichos cargos, el legislador consideró que no sería proporcional ni razonable agotado el periodo de gobernador, diputado, alcalde o concejal, se mantuviera una restricción para contratar para sus familiares o parientes. Como se explicó, las restricciones deben interpretarse de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de libertad de empresa, concurrencia en los procedimientos de selección y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

**3. Respuesta**

«Bajo el alcance de esta norma ¿podría un alcalde municipal contratar a la madre de la compañera permanente de un concejal activo del respectivo municipio?».

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 1296 de 2009, modificatorio del inciso tercero del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, el cual modificó el artículo 49 de la Ley 617 del 2000, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

La situación de hecho que genera la inhabilidad de la norma citada es el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o estar ligados por matrimonio o unión permanente con los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales. En este sentido, dentro del ámbito de aplicación de esta inhabilidad se encuentran incluidos los padres de la compañera permanente de un concejal en ejercicio, comoquiera que estos se tienen con este una relación de parentesco por afinidad dentro del segundo grado.

Esta inhabilidad subsistirá mientras el concejal se mantenga en ejercicio de dicho cargo. En consecuencia, atendiendo a la interpretación restrictiva de las inhabilidades, en caso de que estos dejen de ostentar tal calidad, se extinguiría la prohibición para contratar allí contemplada para sus cónyuges o compañeros permanentes y parientes señalados, en la medida en que no se cumplirían los supuestos de hecho establecidos en este precepto normativo. Lo anterior, sin perjuicio de la posible aplicación de otras causales de inhabilidad o incompatibilidad establecidas en el ordenamiento jurídico, por lo que el análisis señalado se circunscribe al estudio particular de la inhabilidad puesta a consideración por el peticionario.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

 [↑](#footnote-ref-13)
13. Corte Constitucional. Sentencia C-106 del 31 de octubre de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ibídem

 [↑](#footnote-ref-15)
15. Código Civil: «Artículo 113. Definición. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente». [↑](#footnote-ref-16)
16. Ley 54 de 1990: «Artículo 1. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

»Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho». [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-18)
18. Código Civil, artículo 36. [↑](#footnote-ref-19)
19. Código Civil: «Artículo 47. Afinidad legítima. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer […]». [↑](#footnote-ref-20)
20. Código Civil: «Artículo 37. Grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí».

«Artículo 47. Afinidad legítima. […] 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 […]». [↑](#footnote-ref-21)
21. Artículo 64. Numeral 2. [↑](#footnote-ref-22)
22. Por ejemplo, el literal k del numeral primero del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

»*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. […]» [énfasis por fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-23)