CCE-DES-FM-17

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen**

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 E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias**

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― 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. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[…]

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

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD ― Inhabilidades ― Incompatibilidades ― Aplicación ― Debido proceso**

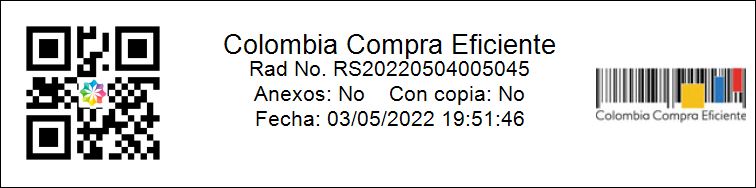
[…] si una disposición normativa consagra un término menos gravoso para una inhabilidad, y es posterior, cronológicamente, debe interpretarse que este es el término vigente, en virtud del *principio de favorabilidad*, que también se aplica en los procedimientos administrativos. Así lo ha reconocido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, en desarrollo del primer inciso del artículo 29 de la Constitución, que extiende a las actuaciones administrativas el derecho fundamental al debido proceso. Verbigracia, en la sentencia T-1087 de 2005, la Corte Constitucional hizo un interesante recuento de su jurisprudencial, concluyendo que la regla contenida en el tercer inciso del artículo 29 de la Constitución –que establece que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» también rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador, o sea que no puede interpretarse como exclusiva del derecho penal. En armonía con esta tesis, el Consejo de Estado ha admitido la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria y, concretamente, en la contratación estatal, […].

**SOBORNO TRANSNACIONAL ― Inhabilidad ― Personas jurídicas ― Término ― Veinte años**

El artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, establece que «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». Como puede observarse, i) el término de «hasta veinte (20) años» – consagrado en el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022– rige *sobre las personas jurídicas* sancionadas por la Superintendencia de Sociedades por las conductas enunciadas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016; ii) en cambio, el término indefinido –o permanente– del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, se aplica *no* a las personas jurídicas sancionadas directamente por la Superintendencia de Sociedades por las conductas que acaban de indicarse, sino i) «a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores» y ii) «a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal».

Por tanto, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022 no produjo una derogación tácita del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, en cuanto al término de la inhabilidad, porque ambos artículos deben interpretarse y aplicarse de manera armónica, pues el término de «hasta veinte (20) años» se aplica a un supuesto y el término permanente a otro.

Bogotá D.C., **03/05/2022 19:51:46**



Señor

**Juan David Duque Botero**

Bogotá, D.C.

**Concepto C ‒ 252 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate* / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD ― Inhabilidades ― Incompatibilidades ― Aplicación ― Debido proceso / SOBORNO TRANSNACIONAL ― Inhabilidad ― Personas jurídicas ― Término ― Veinte años. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220317002702 |

Estimado señor Duque:

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 7 de marzo del 2022, remitida a esta entidad, por falta de competencia, por parte de la Superintendencia de Sociedades, mediante oficio con radicado No. 2022-01-138855 del 15 de marzo del mismo año.

1. **Problema planteado**

Luego de exponer la finalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y de transcribir lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019– y en el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, usted realiza la siguiente consulta:

«¿La imposición de la inhabilidad a personas jurídicas para contratar con el Estado, en el marco de la responsabilidad administrativa sancionatoria de que trata la Ley 2195 de 2022 se hará de forma permanente de acuerdo con el artículo 8-1-J de la Ley 80 de 1993 o teniendo como límite los 20 años que dispone el artículo 21 de esta misma ley?»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) características del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y principios que orientan su aplicación, ii) análisis de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, e iii) interpretación del artículo 21, numeral 2, de la Ley 2195 de 2022, en el marco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal.

Recientemente, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*– y sus efectos en la capacidad contractual, entre otros, en los conceptos: 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-402 del 26 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-701 del 6 de enero de 2021, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021 y C-449 del 31 de agosto de 2021. Las tesis expuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con algunas ideas relacionadas con el objeto de la solicitud.

**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* 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-2) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-3). 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[[3]](#footnote-4)–, 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 a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[5]](#footnote-6), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[6]](#footnote-7) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[7]](#footnote-8). De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado[[8]](#footnote-9).

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[9]](#footnote-10). 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*[[10]](#footnote-11), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al 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»[[11]](#footnote-12). 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»[[12]](#footnote-13). 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[[13]](#footnote-14).

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.); […][[14]](#footnote-15).

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. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de estas, debiendo preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad.

**2.2. Inhabilidad derivada de condenas judiciales por delitos contra la Administración pública, por actos de corrupción y por soborno transnacional**

El artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, establece la siguiente causal de inhabilidad, para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado:

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.

De la citada disposición normativa, se pueden destacar los siguientes elementos:

i) El referido literal j), en el primer inciso, se dirige a dos sujetos distintos, ante circunstancias, también, diversas: a las *personas naturales* –por haber sido declaradas judicialmente responsables por la comisión de delitos contra la Administración pública, por cualquiera de los delitos o faltas previstas en la Ley 1474 de 2011 o por conductas delictivas contempladas en las convenciones de lucha contra la corrupción–, y a las *personas jurídicas –*que hayan sido declaradas responsables administrativamente, por la conducta de *soborno transnacional*–. Obsérvese que el legislador efectúa una distinción tanto del sujeto como de la circunstancia de la condena. Las personas naturales, en el contexto del primer inciso, deben haber sido declaradas responsables *judicialmente*, mientras que las personas jurídicas, debieron ser declaradas responsables *administrativamente* y por una conducta especial: el *soborno transnacional*. Sobre este tipo penal, el artículo 30 de la Ley 1778 de 2016 estableció:

El artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 quedara así:

Artículo 30. Soborno transnacional. El artículo 433 del Código Penal quedara así:

El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) anos, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización publica internacional.

ii) No es necesario que la sentencia que declara la responsabilidad se encuentre ejecutoriada para que la inhabilidad surta efectos, pues el segundo inciso del literal en comento establece que «Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria».

iii) Por otra parte, el tercer inciso de la norma irradia con los efectos de la inhabilidad a las sociedades, a las matrices, a las subordinadas y grupos empresariales, que integren –bajo ciertas calidades– las personas que han sido condenadas por las conductas indicadas en el inciso primero, con excepción de las sociedades anónimas abiertas[[15]](#footnote-16).

iv) Así mismo, esta inhabilidad cubre, según el cuarto inciso, a las personas jurídicas, en los dos eventos indicados allí, esto es: a) cuando contra ellas «se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley» o b) cuando sus «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».

v) Finalmente, el literal bajo análisis consagra un término indefinido de duración la inhabilidad, al indicar que «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». Sobre el carácter permanente de las inhabilidades para contratar con el Estado, la Corte Constitucional ha indicado que esto no necesariamente contraviene la carta política, porque «En materia de inhabilidades el legislador cuenta con una amplia potestad de configuración de las causales, como también de su duración en el tiempo, siempre y cuando atienda a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución»[[16]](#footnote-17).

A partir de los comentarios previos, se analizará si la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 21, numeral 2, de la Ley 2195 de 2022 supuso o no una derogación tácita de la duración indefinida de la inhabilidad, que, como se indicó, prevé el último inciso del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019; pues esta es la pregunta que se formula en la consulta. Para responder esta inquietud, habrá de determinarse si los supuestos fácticos de ambas causales son los mismos o si, por el contrario, son diversos y, en consecuencia, conservan su autonomía, pues de esto depende la decisión interpretativa de entender que actualmente rigen ambos términos –el indefinido y el de «hasta veinte (20) años»– o de decantarse por el recientemente consagrado en la Ley 2195 de 2022. Además, deben tenerse en cuenta los criterios hermenéuticos que orientan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estudiados en el numeral 2.1. del presente concepto.

**2.3. Interpretación del artículo 21, numeral 2, de la Ley 2195 de 2022, en el marco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal**

La Ley 2195 de 2022, como lo establece su artículo 1, «[…] tiene por objeto adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover (sic) la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público». Dentro del capítulo VIII de esta Ley, que lleva por título «Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia», se ubican los artículos 50 al 58, que, en su conjunto, regulan los siguientes aspectos: i) el registro de la contabilidad, por parte de los contratistas del Estado obligados a ello, que ejecuten recursos públicos –artículo 50–, ii) la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los contratos de alimentación escolar –artículo 51–, iii) las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados con el objeto señalado anteriormente –artículo 52–, iv) el deber de las entidades que cuentan con un régimen contractual especial, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II –artículo 53–, v) la nueva causal de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios *no* uniformes de común utilización –artículo 54–, vi) la obligación de adoptar el modelo de autoevaluación periódico para los sujetos obligados a implementar políticas de transparencia y ética empresarial –artículo 55–, vii) la aplicación de los documentos tipo a entidades con régimen especial –artículo 56–, viii) la obligación, radicada en los revisores fiscales, de denunciar los actos de corrupción –artículo 57–, y ix) la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos –artículo 58–.

Ahora bien, el artículo 21, numeral 2, de la Ley 2195 de 2022, a pesar de no hacer parte del capítulo VIII, también se refiere a un aspecto que atañe a la contratación pública, pues consagra una inhabilidad que se aplica a las personas jurídicas, en dicho ámbito. En todo caso, esta inhabilidad no es nueva, pues ya se encontraba en el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016. En efecto, el referido artículo 21 dispone lo siguiente:

Modifíquese el Artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, el cual quedará así:

Artículo 5. Sanciones. La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el Artículo 2 de esta Ley. La imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada, de acuerdo con los criterios de graduación previstos en el Artículo 7 de la presente ley:

1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la que se le sumara el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido. El Superintendente de Sociedades podrá ordenar a la persona jurídica sancionada que destine parte de la multa a la implementación o mejora de los programas de transparencia y ética empresarial.

*2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años. La inhabilidad para contratar con el Estado iniciara a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o la norma que la modifique o derogue.*

3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de diez (10) años.

PARÁGRAFO. Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada.

La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o vigila, con el fin de que lo publique en su página web.

La publicación deberá realizarse en un aparte que se destine exclusivamente a la divulgación de los nombres y numero de identificación tributaria de las personas que hayan sido sancionadas de conformidad con esta ley (énfasis añadido).

Como puede advertirse, este artículo indica que las sanciones que en él se establecen se aplican por parte de la Superintendencia de Sociedades a las *personas jurídicas* que incurran en las conductas tipificadas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, hoy modificado por el artículo 19 de la Ley 2195 de 2022. Esta norma dispone:

Modifíquese el Artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, el cual quedara así:

Artículo 2. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Las personas jurídicas que por medio de uno o varios: (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada den, ofrezcan, o prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.

Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que haya lugar para el representante legal de la persona jurídica.

Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este Artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz.

También serán responsables y sancionadas las subordinadas cuando su (i) matriz o (ii) cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo grupo empresarial o que sea controlada directa o indirectamente por la matriz, incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este Artículo, en beneficio de las subordinadas.

Parágrafo 1. Para los efectos de lo dispuesto en el presente Artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido.

También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función publica para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. Igualmente, se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización publica internacional.

Parágrafo 2. Lo previsto en esta Ley para las personas jurídicas e extenderá a las sucursales de sociedades que operen en el exterior, así como a las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.

Parágrafo 3. Lo previsto en el presente Artículo no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica.

A partir de lo establecido en los artículos 2 y 5 de la Ley 1778 de 2016, modificados, respectivamente, por los artículos 19 y 21, de la Ley 2195 de 2022, se concluye que: i) los sujetos pasivos de las sanciones, y de la consecuente inhabilidad, son las personas *jurídicas*; no las personas naturales. ii) El supuesto fáctico de las sanciones y de la inhabilidad es la incursión en conductas que, a la luz del artículo 433 del Código Penal –modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 30 de la Ley 1778 de 2016– caben en el concepto de *soborno transnacional.* En efecto, las conductas reguladas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016 son *dar*, *ofrecer*, *o prometer*, «a un servidor publico extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor publico extranjero; realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional». Y el artículo 433 del Código Penal define el soborno transnacional con los mismos verbos rectores y sujetos destinatarios de las dádivas, al indicar que la sanción penal procede para «El que *dé*, *prometa* u *ofrezca* a un *servidor público extranjero*, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad *a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional*» (énfasis fuera de texto). iii) Por tanto, la sanción de inhabilidad de «hasta veinte (20) años» para contratar con el Estado, consagrada, actualmente, en el artículo 5, numeral 2, de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, se aplica a las *personas jurídicas* sancionadas administrativamente por la comisión de conductas que ingresan en el tipo de *soborno transnacional*, de acuerdo con lo explicado previamente.

Corresponde, por tanto, a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, determinar si el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022 produjo una derogatoria tácita[[17]](#footnote-18) *parcial* del artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, o si ambas disposiciones normativas conservan su vigencia y deben aplicarse en un sentido *armónico o sistemático*. Como se indicó en el numeral 2.1. de este concepto, la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado debe gobernarse por parámetros axiológicos garantistas, de manera que no se limiten arbitrariamente los derechos fundamentales de los interesados y proponentes. En este orden de ideas, si se llegara a la conclusión de que el término de «hasta veinte (20) años», previsto en el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, se aplica, exactamente, *a las mismas conductas* reguladas en el artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, debería primar aquel.

En efecto, si una disposición normativa consagra un término menos gravoso para una inhabilidad, y es posterior, cronológicamente, debe interpretarse que este es el término vigente, en virtud del *principio de favorabilidad*, que también se aplica en los procedimientos administrativos. Así lo ha reconocido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, en desarrollo del primer inciso del artículo 29 de la Constitución, que extiende a las actuaciones administrativas el derecho fundamental al debido proceso. Verbigracia, en la sentencia T-1087 de 2005[[18]](#footnote-19), la Corte Constitucional hizo un interesante recuento de su jurisprudencia, concluyendo que la regla contenida en el tercer inciso del artículo 29 de la Constitución –que establece que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable»– también rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador, o sea que no puede interpretarse como exclusiva del derecho penal. En armonía con esta tesis, el Consejo de Estado ha admitido la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria y, concretamente, en la contratación estatal, afirmando lo siguiente:

La manifestación de esta protección constitucional no dista de la que sugiere e inspira el derecho penal, esto es, que una norma posterior más favorable que una anterior debe aplicarse en forma preferente. Este supuesto se presenta cuando una ley establece una sanción por la realización de una conducta, y posteriormente otra ley reduce la pena o incluso la extingue. Del mismo modo, si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue debe darse aplicación al principio de favorabilidad.

En estos casos, pese a que existe un principio en la ley 153 de 1887, que señala que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, debe tenerse como excepcionada esa disposición –según indica la misma norma- cuando se trata de sanciones, pues en tal caso si la nueva ley es más favorable se debe aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Una razón adicional justifica esta posición: la norma que establece qué rige los contratos es una ley –ley 153 de 1887-, mientras que la que dispone que la favorabilidad rige en materia sancionatoria –sin distinguir el ámbito de aplicación- es la Constitución Política –art. 29-, de allí que aquella debe ceder, en este exclusivo aspecto, ante esta. A su vez, esta postura se fundamenta en el art. 4 CP., que dispone que la Constitución es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley -como eventualmente podría presentarse en un caso como estos- prevalece la norma fundamental.

Todos estos ámbitos del derecho analizado son los que aplican en la contratación estatal[[19]](#footnote-20).

Ahora bien, luego de analizar lo que dispone el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, de un lado, y el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, por otro, esta Agencia considera que el segundo enunciado normativo *no* produjo una derogación tácita del primero, en lo que respecta al término de la inhabilidad aplicable a las personas jurídicas sancionadas por la Superintendencia de Sociedades, por la comisión de la conducta de soborno transnacional, pues incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022 dicho término era de «hasta veinte (20) años». Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos:

i) El término de la inhabilidad de «hasta veinte (20) años», aplicable a las personas jurídicas que incurran en las conductas del artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, *no se opone* al que señala el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, establece que «La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el Artículo 2 de esta Ley» y dentro de dichas sanciones prevé, en el numeral 2, la «Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años». Este término no contradice el previsto en el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, porque el quinto inciso de esta última norma rige sobre «las sociedades de las que hagan parte dichas personas» y no propiamente sobre las personas jurídicas sancionadas por la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022.

ii) En efecto, el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, establece que «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». Como puede observarse, i) el término de «hasta veinte (20) años» – consagrado en el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022– rige *sobre las personas jurídicas* sancionadas por la Superintendencia de Sociedades por las conductas enunciadas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016; ii) en cambio, el término indefinido –o permanente– del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, se aplica *no* a las personas jurídicas sancionadas directamente por la Superintendencia de Sociedades por las conductas que acaban de indicarse, sino i) «a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores» y ii) «a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal».

iii) Puede suceder, por tanto, que una persona jurídica sea sancionada por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, y que ni dicha persona jurídica, ni las personas naturales que la integren, hagan parte de alguna sociedad, actualmente o en el futuro. En este caso, el término de la inhabilidad para contratar con el Estado debe ser el de «hasta veinte (20) años» y no el permanente, porque se presenta el supuesto del artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, más no el del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, inciso quinto.

iv) No podría afirmarse, válidamente, que el término de la inhabilidad es *permanente* en el supuesto indicado en el párrafo anterior, por la circunstancia de que el primer inciso del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, incluye como sujetos pasivos de la inhabilidad a «las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional». Esta aseveración es inadmisible por cuanto –se reitera– el carácter permanente de la inhabilidad se predica, según el referido literal de la Ley 80 de 1993, de «las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores», más no *directamente* de las personas jurídicas –en sí mismas consideradas– que han sido sancionadas por la Superintendencia de Sociedades por la conducta de soborno transnacional, es decir, por la consagrada en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, modificada por el artículo 19 de la Ley 2195 de 2022. En otras palabras, si la persona jurídica no hace parte de otra sociedad, no se activa el supuesto de hecho que permite aplicar la inhabilidad *permanente.*

v) Sin embargo, no se puede predicar la existencia de un vacío en el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, frente al término de la inhabilidad de «las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional». Aunque, como se ha indicado, el quinto inciso de dicho literal regula el carácter permanente de la inhabilidad para una circunstancia especial, que podría o no presentarse, el artículo 5, numeral 2, de la Ley 1778 de 2016 es la norma que define el término de la inhabilidad que recae sobre las personas jurídicas sancionadas por la conducta de soborno transnacional, indicando que será de «hasta veinte (20) años». Si se revisa el devenir normativo, se aprecia que este término se ha mantenido invariable a lo largo del tiempo y que no se modificó ni con la Ley 2014 de 2019, ni con la Ley 2195 de 2022.

vi) La tesis de la interpretación sistemática, que conduce a la armonización del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, con el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, se fundamenta, a su vez, en la remisión que se hace en la última norma indicada. En efecto, el artículo 5, numeral 2, de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022, establece que «Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993». Para el 2016, año en que se expidió la Ley 1778, estaba vigente el literal j) del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, que establecía que «La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años», con lo cual tanto la norma de la Ley 80, como la de la Ley 1778 se correspondían perfectamente. Para ratificarlo y otorgar mayor claridad sobre el asunto, el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 modificó el mencionado literal j) indicando lo mismo que ya decía la Ley 1474 de 2011: que «La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años».

Fue el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019 el que eliminó la referencia a los *veinte (20) años*, pero sin hacer alusión expresa al término de la inhabilidad de las personas jurídicas sancionadas administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Solo reguló un aspecto distinto, indicando un término para otro supuesto, pues señaló que «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». Como se explicó, este inciso no dice cuál es el término de la inhabilidad que debe regir sobre las personas jurídicas sancionadas administrativamente por soborno transnacional. Como no reguló este supuesto, sino solo el caso de la integración de sociedades por las personas mencionadas en el literal, el término de «hasta veinte (20) años» siguió aplicando, porque incluso con la expedición de la Ley 2014 de 2019 continuó vigente el artículo 5, numeral 2, de la Ley 1778 de 2016, que actualmente reitera el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022.

vii) Pero si, en gracia de discusión, llegara a afirmarse que el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019 derogó el término de los veinte (20) años, que preveía el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, tendría que aceptarse, entonces, el argumento de que el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022 revivió dicho término. En otras palabras, en ese supuesto argumentativo, debería aplicarse la regla hermenéutica según la cual ante la existencia de dos consecuencias jurídicas contrarias, en dos leyes de igual jerarquía, debe entenderse que la segunda en el tiempo deroga tácitamente a la anterior, en aplicación del postulado «*lex posterior derogat priori*» –ley posterior deroga la anterior–, consagrado en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887[[20]](#footnote-21).

viii) Finalmente, se reitera que, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022 no produjo una derogación tácita del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, en cuanto al término de la inhabilidad, porque ambos artículos deben interpretarse y aplicarse de manera armónica, pues el término de «hasta veinte (20) años» se aplica *a un supuesto* y el término permanente *a otro*. Así, el término vigente para la inhabilidad contractual derivada de la sanción administrativa impuesta por la Superintendencia de Sociedades a una *persona jurídica*, por la comisión de las conductas de soborno transnacional enunciadas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2006 es el de «hasta veinte (20) años», previsto en el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022. En los demás aspectos no regulados por los artículos 2 y 5 de la Ley 1778 de 2022 –aún con las modificaciones introducidas por la Ley 2195 de 2022– permanece vigente el carácter *permanente* de la inhabilidad, consagrado en el artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, pues este último literal consagra sujetos y supuestos fácticos adicionales. Por ejemplo, el carácter *permanente* de la inhabilidad continúa vigente, para «las sociedades de las que hagan parte» las personas en las calidades indicadas en los incisos del literal j) y para «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».

**3. Respuesta**

«¿La imposición de la inhabilidad a personas jurídicas para contratar con el Estado, en el marco de la responsabilidad administrativa sancionatoria de que trata la Ley 2195 de 2022 se hará de forma permanente de acuerdo con el artículo 8-1-J de la Ley 80 de 1993 o teniendo como límite los 20 años que dispone el artículo 21 de esta misma ley?»

El artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, establece que «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». Como puede observarse, i) el término de «hasta veinte (20) años» – consagrado en el artículo 5 de la Ley 1778 de 2016, modificado por el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022– rige *sobre las personas jurídicas* sancionadas por la Superintendencia de Sociedades por las conductas enunciadas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016; ii) en cambio, el término indefinido –o permanente– del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, se aplica *no* a las personas jurídicas sancionadas directamente por la Superintendencia de Sociedades por las conductas que acaban de indicarse, sino i) «a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores» y ii) «a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal».

Por tanto, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el artículo 21 de la Ley 2195 de 2022 no produjo una derogación tácita del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, en cuanto al término de la inhabilidad, porque ambos artículos deben interpretarse y aplicarse de manera armónica, pues el término de «hasta veinte (20) años» se aplica *a un supuesto* y el término permanente *a otro*.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector 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-2)
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-3)
3. Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

   »No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#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. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «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 contemplados 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» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-6)
6. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «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» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-7)
7. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «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» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «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» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto].

   [↑](#footnote-ref-8)
8. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); «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» (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); «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 2o 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» (art. 5, Ley 1474/11). [↑](#footnote-ref-9)
9. BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2.251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. La Corte Constitucional ha señalado que «La sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y la sociedad anónima cerrada la que no lo hace» (Sentencia C-188 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). [↑](#footnote-ref-16)
16. Corte Constitucional. Sentencia C-1016 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). [↑](#footnote-ref-17)
17. El artículo 71 del Código Civil establece: «La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

    »Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

    »La derogación de una ley puede ser total o parcial». [↑](#footnote-ref-18)
18. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 21430. [↑](#footnote-ref-20)
20. Esta norma establece «La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior». [↑](#footnote-ref-21)