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.

**ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, LITERAL D ― Ley 80 de 1993 ― Contenido ― Sujetos destinatarios**

El artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 establece que no pueden participar en procedimientos de selección, ni celebrar contratos estatales, «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». Como lo indicó la Subdirección en respuesta a la consulta No. 416140003534 del 18 de julio de 2016, la causal que se estudia «[…] tiene carácter preventivo y por lo tanto, pretende evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos».

En relación con los destinatarios de la causal de inhabilidad, cabe precisar que esta despliega sus efectos sobre las: i) corporaciones, ii) asociaciones, iii) fundaciones, iv) sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, v) sociedades de responsabilidad limitada y vi) demás sociedades de personas; siempre que en dichas personas jurídicas tenga *participación* o *desempeñe* «*cargos de dirección o manejo*»: i) el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, de la entidad estatal con quien se pretende contratar, o ii) el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de aquellos. Por ejemplo, la persona jurídica –verbigracia, la sociedad de responsabilidad limitada– incurre en la causal no solo si alguno de sus socios ejerce un cargo directivo en la entidad estatal con quien se pretende contratar, sino también si el socio es un hijo de dicho servidor público.

**CARGOS DE DIRECCIÓN O MANEJO ― Ley 80 de 1993 ― Artículo 8, numeral 2, literal d) ― Alcance**

La expresión «cargos de dirección o manejo», consagrada en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, debe entenderse como el resultado de la *interpretación sistemática* del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; pues ambas son normas de derecho privado aplicables en virtud de la remisión de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Armonizando ambas normas, se puede concluir que alguien puede desempeñar en una persona jurídica un «cargo de dirección o manejo» bien sea actuando como «administrador» –en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995– o como «trabajador de dirección, confianza o manejo» –de conformidad con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo–. En algunas circunstancias alguien que ejerce un cargo de dirección, confianza o manejo puede ser a su vez administrador, en términos societarios, pero esto no siempre coincide. En efecto, se puede presentar el evento de un trabajador de dirección o confianza –en materia laboral–, que no sea «administrador» en el sentido definido por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, también en este caso el trabajador de dirección o manejo haría incurrir a la persona jurídica en la inhabilidad del artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 222 de 1995, si confluyen los demás requisitos que ya fueron analizados al explicar el alcance de esta causal.

Esta es la interpretación que más se ajusta al *principio del* *efecto útil* de la referida causal de inhabilidad, el cual no riñe con la prohibición de interpretación amplia de las inhabilidades e incompatibilidades. No en vano, la Corte Constitucional ha dicho, explicando el *principio del* *efecto útil*, que «debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias».

A partir de lo dicho, puede concluirse que si el servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de junta o consejo directivo, *de la entidad estatal contratante* –o sus parientes o allegados, en las calidades ya indicadas–, tiene *participación* o desempeña «cargos de dirección o manejo» –entendidos a la luz del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo– en corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, sociedades de responsabilidad limitada y demás sociedades de personas, estas quedan inhabilitadas para contratar con la referida entidad pública. Podría haber socios que no ejerzan estos cargos o personas que los desempeñen y no sean socias. Pero ambas circunstancias están previstas en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, pues esta norma se refiere tanto a la *participación*, como al desempeño de «cargos de dirección o manejo».

**ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, LITERAL D ― Ley 80 de 1993 ― Declaración ― Autotutela**

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no establece la formalidad del acto administrativo como un requisito *constitutivo* de la inhabilidad del numeral 2, literal d). La inhabilidad se *constituye* –o se origina– *por el hecho* de incurrir en el supuesto previsto en dicho literal. Por tanto, lo que debe hacer la entidad estatal, al estudiar si se cumple el requisito habilitante de la *capacidad jurídica* en el procedimiento de selección, es verificar que la persona jurídica que presenta la propuesta no esté incursa en la causal de inhabilidad. En caso de advertir que lo está, debe rechazar la oferta y consignar esto en el acto administrativo de trámite denominado «informe de evaluación». Este acto administrativo tiene efecto *declarativo* de la causal de inhabilidad; no *constitutivo*. Recuérdese que un acto administrativo es *constitutivo* cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica a partir de su expedición, mientras que es *declarativo* cuando acredita una circunstancia de hecho acaecida antes de la manifestación unilateral de voluntad de la Administración.

La entidad estatal debe dar traslado del informe de evaluación por el término respectivo –según la modalidad de selección de la que se trate–, para que el oferente al que se le rechazará la oferta tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Si los argumentos no son admisibles, la entidad estatal debe conservar la decisión de rechazar la oferta. El proponente inconforme no pierde por ello la posibilidad de ejercer su derecho de acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución, pues puede demandar el acto administrativo en ejercicio del medio de control procedente en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, como lo dispone el segundo inciso del artículo 141 de este Código.

Como se indicó en las consideraciones de este concepto, el Consejo de Estado considera que la entidad puede rechazar la oferta por haber constatado la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, y que el traslado del informe de evaluación es la oportunidad procedimental establecida en el régimen contractual para que el proponente pueda ejercer el derecho de defensa. En tal sentido, la interpretación de la Agencia al segundo problema planteado por el peticionario tiene fundamento jurisprudencial. Esta tesis, además, es razonable, pues si la entidad estatal tuviera que demandar al oferente, para que el juez declarara la existencia de la inhabilidad, se produciría el efecto jurídico descabellado de que la entidad se viera abocada a suscribir obligatoriamente el contrato con un proponente afectado por la causal, incurriendo en el vicio de nulidad absoluta previsto en el artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993; vicio que es causal de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con el artículo 45 del mismo cuerpo normativo. Es decir, se vería obligada a celebrar el contrato *para terminarlo inmediatamente*. Por otra parte, los servidores públicos se verían conminados a incurrir en los tipos penales y disciplinarios que reprochan la celebración de contratos con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Pero, si, por el contrario, la entidad estatal tuviera que esperar a que se emitiera la sentencia que declarara la inhabilidad para poder celebrar el contrato, la demora que esto ocasionaría frustraría a todas luces los fines de la contratación pública. Por esa razón, de tiempo atrás, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha concedido autotutela declarativa a la Administración para evitar que la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades obstaculice la actividad contractual.

Bogotá D.C., **27/09/2022 16:24:16**

****

Señor

**Carlos Eduardo Méndez Mahecha**

Bogotá, D.C.

**Concepto C ‒ 619 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate /* ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, LITERAL D ― Ley 80 de 1993 ― Contenido ― Sujetos destinatarios / CARGOS DE DIRECCIÓN O MANEJO ― Ley 80 de 1993 ― Artículo 8, numeral 2, literal d) ― Alcance / ARTÍCULO 8, NUMERAL 2, LITERAL D ― Ley 80 de 1993 ― Declaración ― Autotutela. |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas acumuladas # P20220816008108 y P20220822008280. |

Estimado señor Méndez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de agosto de 2022, remitida también por falta de competencia por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública mediante comunicación con radicado No. 20222040304471 del 19 del mismo mes y año.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«[…] ¿Agradecemos a la entidad confirmar si nuestro entendimiento es correcto y, por ende, les agradecemos confirmar si para efectos de aplicar la causal de inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se entiende que una persona ocupa un *“cargo de dirección o manejo”* únicamente cuando dicha persona tenga la condición de administrador en una sociedad?

»[…] En el evento de que nuestro anterior entendimiento no sea correcto y bajo el entendido de que las inhabilidades son de interpretación restrictiva, le agradecemos a CCE aclarar:

»(i) ¿Cuáles son las circunstancias o los requisitos bajo los cuales se entiende que, en el marco de la contratación estatal y de la aplicación de esta inhabilidad (literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, una persona natural ejerce un *“cargo de dirección o manejo”* en una sociedad de este tipo? y, a su vez,

»(ii) ¿Cuál es el fundamento jurídico que soporta dicha interpretación de acuerdo con la remisión que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a las leyes comerciales y civiles cuando un asunto no se encuentra expresamente regulado en la Ley 80 de 1993?

»[…]

»[…] Le agradecemos a la entidad confirmar si nuestro entendimiento es correcto y que, en ese sentido, para la aplicación de la inhabilidad establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es necesario que la entidad contratante emita un acto administrativo en el que se declare la existencia de dicha inhabilidad y que necesariamente, de forma previa, la entidad contratante le haya garantizado a la persona que se acusa de estar incursa en dicha inhabilidad el derecho constitucional al debido proceso y al ejercicio legítimo de su defensa.

»[…]

»[…] En el evento de que exista un conflicto interpretativo respecto de la aplicabilidad de la inhabilidad mencionada (literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993) entre la entidad contratante y la persona jurídica que se acusa de estar incursa en dicha inhabilidad (por ejemplo, por cuanto el proponente o contratista considera que la persona aparentemente incursa en la causal de inhabilidad no ejerce un cargo de dirección o manejo, mientras que la entidad contratante considera que dicha persona si lo ejerce), entendemos que dicho conflicto únicamente puede ser resuelto por vía judicial, en tanto que las entidades estatales no cuentan con una habilitación legal expresa que les permita declarar de forma unilateral la existencia de la referida inhabilidad a la que hace referencia el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Le agradecemos a CCE confirmar nuestro anterior entendimiento» (sic).

**2. 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) alcance de la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, iii) interpretación de la expresión «cargos de dirección o manejo» contenida en dicha causal y iv) forma de aplicación de la causal de inhabilidad bajo análisis.

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, C-449 del 31 de agosto de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022 y C-252 del 30 de mayo de 2022. 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-1) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012[[3]](#footnote-3)–, 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-4).

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-5), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[6]](#footnote-6) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[7]](#footnote-7). 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-8).

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-9). 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-10), 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-11). 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-12). 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-13).

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-14).

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. Alcance y sujetos destinatarios de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993**

El artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 establece que no pueden participar en procedimientos de selección, ni celebrar contratos estatales, «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». Como lo indicó la Subdirección en respuesta a la consulta No. 416140003534 del 18 de julio de 2016, la causal que se estudia «[…] tiene carácter preventivo y por lo tanto, pretende evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos».

En relación con los destinatarios de la causal de inhabilidad, cabe precisar que esta despliega sus efectos sobre las: i) corporaciones, ii) asociaciones, iii) fundaciones, iv) sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, v) sociedades de responsabilidad limitada y vi) demás sociedades de personas; siempre que en dichas personas jurídicas tenga *participación* o *desempeñe* «*cargos de dirección o manejo*»: i) el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, de la entidad estatal con quien se pretende contratar, o ii) el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de aquellos. Por ejemplo, la persona jurídica –verbigracia, la sociedad de responsabilidad limitada– incurre en la causal no solo si alguno de sus socios ejerce un cargo directivo en la entidad estatal con quien se pretende contratar, sino también si el socio es un hijo de dicho servidor público.

Adicionalmente, reviste importancia destacar que el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 no incluye como destinatarias de la prohibición a cualquier tipo de *sociedad*, sino solo a las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, a las sociedades de responsabilidad limitada y a las demás sociedades de personas, siempre que se presenten las demás condiciones establecidas en la norma. Para comprender mejor el alcance de la inhabilidad, debe recordarse que las sociedades pueden clasificarse como «sociedades de personas» y «sociedades de capital». Estas últimas se caracterizan porque lo más importante en ellas son los aportes económicos *–intuitus rei–,* sin que interese mucho de quién sean los recursos[[15]](#footnote-15). En cambio, las *sociedades de personas* se caracterizan porque, usualmente, quienes las conforman o determinan su existencia son personas que se conocen y tienen relación entre sí *–intuitus personarum–*[[16]](#footnote-16)*.* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que dependiendo de la clasificación la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos. Pero, independientemente de la dificultad que ofrezca la clasificación que se adopte, para determinar la pertenencia de cada sociedad al respectivo grupo, en cualquiera de los casos se debe estar ante «sociedades», es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distinta de los socios que las conforman, como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio, al indicar que: «Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social».

La Corte Constitucional comparte esta clasificación. No en vano, en Sentencia C-831 de 2010, señaló: «Desde el punto de, vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones». Como se observa, al grupo de las *«sociedades de personas»* pertenecen, por ejemplo, las sociedades colectivas y en comandita simple, mientras que al grupo de las *«sociedades de capital»* ingresan, por ejemplo, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones y las sociedades por acciones simplificadas –SAS–. Lo anterior, sin desconocer que la clasificación no siempre es pacífica, toda vez que, aunque frente a algunas de ellas coincide la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, frente a otras hay un fuerte debate, como sucede con las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, este debate no afecta la interpretación del literal d) –que se viene analizando–, porque este menciona expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada.

Las sociedades anónimas son, pues, una especie del género «sociedades de capital», que puede, a su vez, clasificarse en dos tipologías: i) sociedad anónima *abierta* –es decir, aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores– y ii) sociedad anónima *cerrada* –la que no negocia sus acciones en dicho mercado–. Así lo admitió la Corte Constitucional en la Sentencia C-188 de 2008:

[…]

Consagra la legislación colombiana dos clases de sociedades anónimas. Ambas, por ser anónimas, guardan en común esencialmente el elemento asociativo, el ánimo de lucro, la limitación de la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus respectivos aportes y la forma en que está constituido el capital social, es decir, en acciones. La diferencia entre unas y otras sociedades anónimas reside justamente en que dichas acciones sean o no negociadas en el mercado público de valores. En adelante –acogiendo una estipulación doctrinaria que no pretende zanjarse en esta providencia- se denominará sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y cerrada la que no lo hace.

[…]

La ley colombiana le ha dispensado tratamientos diversos a ambos tipos de sociedad anónima. En materia de contratación, por ejemplo, como ya se anotó, la ley establece una inhabilidad para contratar con el Estado exclusivamente para las sociedades anónima cerradas -no para las abiertas- 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”[[17]](#footnote-17).

Conviene agregar que el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015, respecto de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las sociedades anónimas, precisa: «En la etapa de selección, la Entidad Estatal debe tener en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley para lo cual debe tener en cuenta que las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario».

Adicionalmente, como lo indicó esta Agencia en los Conceptos C-275 del 11 de junio de 2021 y C-028 del 28 de febrero de 2022, la Ley 1258 de 2008 creó la sociedad por acciones simplificada –SAS–, conformada por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes responden hasta el monto de sus aportes. El artículo 3 de dicho cuerpo normativo dispone que esta es una sociedad de capital . Por tanto, no le aplicaría la prohibición prevista en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior en la medida en que una SAS corresponde a un tipo societario diferente de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, además de que no se trata de una sociedad de personas. En armonía con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, en el oficio No. 220-087303, del 16 de agosto de 2019, señaló que las inhabilidades son de aplicación excepcional y restrictiva, y que, por tanto, no pueden ser impuestas a los socios de una sociedad de capitales –como lo es la sociedad por acciones simplificada–:

En estas disposiciones se establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, que constituye una persona jurídica distinta de los socios y, por lo tanto, estos son terceros respecto de los contratos que celebre el ente societario; que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es de índole excepcional y aplicación restrictiva, en la medida en que limitan la capacidad jurídica de las personas; que las causales están previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 5 y 90 de la Ley 1474 de 2011, y que la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a uno de los socios no está consagrada como causal de inhabilidad para que la sociedad de capitales participe en procesos de selección y contrate con entidades estatales.

En suma, tratándose de sociedades, la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 rige sobre las sociedades anónimas *cerradas*, sobre las sociedades de responsabilidad limitada y sobre las demás sociedades de personas, siempre que se presenten las demás condiciones establecidas en la norma. Además, dicha causal no aplica a las sociedades por acciones simplificadas, pues la norma expresa taxativamente el tipo de sociedades que pueden incurrir en esta causal, dentro de las cuales no se encuentra dicho tipo societario. Esto resulta coherente con el carácter restrictivo de la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades[[18]](#footnote-18).

De otra parte, resulta necesario tener en cuenta una salvedad a la restricción que se ha estudiado, consagrada en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la cual indica que no se aplicará la limitación prevista en el literal d) del ordinal 2 del artículo *ibidem* a las «[…] corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades […] cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo», entendiendo que los intereses que representaría el servidor público no serían particulares sino propios de la entidad a la que pertenece.

**2.3. Interpretación de la expresión «cargos de dirección o manejo» en la causal de inhabilidad del artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993**

Como se expuso, el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 indica que, para que las corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas cerradas, sociedades de responsabilidad limitada y demás sociedades de personas, incurran en la causal de inhabilidad es necesario que en dichas personas jurídicas tenga *participación* o *desempeñe* «*cargos de dirección o manejo*»: i) el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, de la entidad estatal con quien se pretende contratar; o ii) el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos.

Dicho de otra manera, si el servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de junta o consejo directivo, de la entidad estatal contratante, tiene participación o ejerce un cargo de *dirección o manejo* en alguna de las personas jurídicas indicadas en el literal bajo análisis, tal persona jurídica no puede participar en el procedimiento de selección ni celebrar el contrato estatal con esa entidad pública. De la misma manera, si el cónyuge, compañera o compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil del servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de junta o consejo directivo, de la entidad estatal contratante, tiene participación o desempeña cargos de dirección o manejo en las personas jurídicas a las que alude la norma, también esta queda inhabilitada. En otras palabras, para que la persona jurídica incurra en la inhabilidad, la participación o el ejercicio del cargo de dirección o manejo en ella no tiene que ser, necesariamente, del servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de junta o consejo directivo, de la entidad estatal contratante, pues también se configura la prohibición si la participación o el cargo de dirección o manejo lo ejerce alguno de los sujetos con los vínculos civiles o de parentesco establecidos en la causal que se comenta[[19]](#footnote-19).

Ahora bien, en la consulta se plantea la pregunta de qué debe entenderse por «cargos de dirección o manejo», contenida en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Aunque este concepto no está definido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, se debe aplicar el sentido de la expresión previsto en el derecho privado, por virtud de la remisión que efectúan los artículos 13, 32 y 40 de la Ley *ut supra* a las normas del derecho común[[20]](#footnote-20). Si bien, en principio, los códigos Civil y de Comercio tampoco consagran una definición, existen dos fuentes normativas en el derecho privado de las cuales es posible extraerla: i) el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y ii) el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 –«Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones»–, dispone que «Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones». En otras palabras, aunque este artículo define el concepto de «administradores», incluye en esta categoría a quienes desempeñan cargos directivos en la persona jurídica, con lo cual es posible concluir que los que ejercen «cargos de dirección o manejo» se reputan administradores. Esta ha sido la interpretación acogida por la Superintendencia de Sociedades –órgano consultivo en materia societaria–. Al respecto, puede recordarse lo dicho en el Oficio con radicado No. 220-082794 del 20 de septiembre de 2012, en el que, interpretando la expresión «cargos directivos» prevista en el artículo 202 del Código de Comercio[[21]](#footnote-21), la Superintendencia señaló:

Según el Diccionario de la Lengua Española (2005), tenemos:

Administrador:

Persona que administra y tiene a su cargo determinados bienes, negocios o intereses ajenos. En una sociedad, persona que ejerce las funciones de gestión y representación de la misma.

Dirigente:

Clase dirigente: Que dirige.

Persona que ejerce una función o cargo directivo en una asociación, organismo o empresa.

Directivo:

Miembro de una junta de dirección.

Junta de Gobierno de una corporación o sociedad (La directiva propuso el reparto de utilidades).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, «Por el cual se modifica el Libro Segundo del Código de Comercio, se expide un nuevo Régimen de Procesos y se dictan otras disposiciones», tenemos que son ADMINISTRADORES, «el representante, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones».

Vista las diferentes definiciones anteriores, es claro que a la luz de lo consagrado en el citado artículo 22, los administradores de una sociedad son directivos de la misma y por ende al ocupar un cargo dentro de la compañía este constituye un «cargo directivo».

Tenemos entonces que un miembro del cuerpo colegiado denominado junta directiva, está ocupando indudablemente un cargo directivo, en este caso dentro de una sociedad[[22]](#footnote-22).

Esta idea fue reiterada recientemente por la Superintendencia de Sociedades en Oficio con radicado No. 220-090499 del 6 julio de 2021, donde indicó que «En opinión de este Despacho, […], se deben entender como directivos las personas que ostentan la calidad de administradores según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995»[[23]](#footnote-23). Esta interpretación es acorde con los ejemplos que la doctrina especializada en la contratación estatal brinda de las personas que desempeñan «cargos de dirección o manejo» y que podrían inhabilitar a la persona jurídica en la que los ejercen, conforme con el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993. Al respecto, se indica que esta circunstancia se presenta, entre otros supuestos, cuando se «[…] es representante legal o suplente de la respectiva persona jurídica, o […] miembro de su junta o consejo directivo»[[24]](#footnote-24).

Teniendo en cuenta, por tanto, que la doctrina autorizada en la materia equipara *directivos* a *administradores*, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, puede decirse que todo aquel que actúa como *administrador* de una sociedad desempeña un «cargo de dirección o manejo» y, por tanto, puede hacerla incurrir en el hecho generador de la causal de inhabilidad establecida en el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, siempre que concurran los demás elementos subjetivos y objetivos que se han indicado para que se configure tal prohibición. El Consejo de Estado también comparte la idea de que la expresión «cargos de dirección o manejo», contenida en la causal de inhabilidad en comento puede referirse a «cargos directivos» –los cuales, como ya se ha dicho, se desempeñan por *administradores*–. Al respecto, ha dicho que: «En efecto, si es claro que la inhabilidad contractual se predica de la sociedad, lo cual puede tener efectos en su situación como parte licitante, concursante o contratante, ello no excluye sino que confirma que dicha inhabilidad tenga como sujeto también al servidor público que siendo directivo, asesor o ejecutivo, tiene el deber de impedir que dicha sociedad, en la que tiene participación *o desempeñe cargo directivo*, participe en el proceso contractual»[[25]](#footnote-25).

Ahora bien, como se expresó, la remisión a las normas del derecho privado, efectuada por los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, exige realizar una interpretación *sistemática* –armónica– de las disposiciones vigentes en dicho ámbito en relación con el concepto de «cargos de dirección o manejo». Como dice Guastini, la interpretación literal suele ser una «[…] interpretación no contextual o a-contextual»[[26]](#footnote-26), es decir, una «[…] interpretación que, para acreditar el significado elegido (el significado “objetivo” del texto), no aduce más que las reglas semánticas y sintácticas de la lengua»[[27]](#footnote-27). Se diferencia de la «interpretación contextual», o sea, de «[…] aquella interpretación que, para acreditar el significado elegido, aduce elementos extra-textuales»[[28]](#footnote-28), como, por ejemplo, los antecedentes legislativos. Una exigencia de la interpretación contextual es el argumento de «interpretación sistemática». Al respecto, el mencionado autor señala:

En la práctica, se usa un argumento de tipo sistemático siempre que, para acreditar la interpretación escogida, se alega no el texto de la disposición interpretada aisladamente considerada, sino algún elemento del contexto en el que la disposición está colocada. Tal contexto puede ser más o menos extenso: los otros apartados de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, el conjunto de las leyes que se refieren a una misma materia, etc., hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico[[29]](#footnote-29).

En el ordenamiento jurídico colombiano se acoge la posibilidad de la interpretación sistemática –que es consecuencia, según se ha visto, de una interpretación contextual–, cuando se presenten dudas en el sentido literal de un texto normativo. En esta línea, el artículo 30 del Código Civil señala que «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía» y que «Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto»[[30]](#footnote-30).

Con fundamento en lo anterior, puede afirmarse que del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 es posible inferir *una* noción que equipara los «cargos de dirección o manejo» –a los que se refiere la causal de inhabilidad que se estudia– a los de los *administradores*. Sin perjuicio de ello, esta acepción debe complementarse o interpretarse *sistemáticamente* con la prevista en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo –que también es una norma de derecho privado, aplicable por la remisión que realiza el EGCAP–. Este artículo expresa:

Son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) *Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador*;

b) Los intermediarios (énfasis fuera de texto).

Como puede apreciarse, esta norma incluye en la categoría de los cargos de dirección no solo a los directores, gerentes o administradores, sino, entre otros, a «quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador». En palabras del Ministerio del Trabajo –autoridad consultiva en la materia–:

Los cargos de dirección, de confianza y de manejo son una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, porque por la naturaleza, confianza y responsabilidad de dichos cargos el legislador consideró justificado solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, respecto a los demás trabajadores, a partir de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa. Siendo indispensable que la función que se desempeñe en los puestos de que se trata sea sustancialmente de confianza y este carácter depende de las actividades que se desempeñen este tipo de trabajadores.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia identifica a este tipo de personal como «los directores, gerentes, administradores y los demás» que puedan realizar actos de representación con la autorización expresa o tácita del empleador, porque ejercen una posición jerárquica en la empresa, con facultades de mando, coordinación y cierto poder de autodecisión, pudiendo tomar decisiones de dirección y de control en la empresa»[[31]](#footnote-31).

El artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto, complementa la interpretación de la categoría «cargos de dirección o manejo», contenida en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, porque permite concluir que, además de los *administradores* –definidos con fundamento en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995–, debe considerarse que desempeñan «cargos de dirección o manejo» los trabajadores de la sociedad «que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, […], y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador».

En otras palabras, para esta Subdirección, la expresión «cargos de dirección o manejo», consagrada en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, debe entenderse como el resultado de la *interpretación sistemática* del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; pues ambas son normas de derecho privado aplicables en virtud de la remisión de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Armonizando ambas normas, se puede concluir que alguien puede desempeñar en una persona jurídica un «cargo de dirección o manejo» bien sea actuando como «administrador» –en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995– o como «trabajador de dirección, confianza o manejo» –de conformidad con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo–. En algunas circunstancias alguien que ejerce un cargo de dirección, confianza o manejo puede ser a su vez administrador, en términos societarios, pero esto no siempre coincide. En efecto, se puede presentar el evento de un trabajador de dirección o confianza –en materia laboral–, que no sea «administrador» en el sentido definido por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, también en este caso el trabajador de dirección o manejo haría incurrir a la persona jurídica en la inhabilidad del artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 222 de 1995, si confluyen los demás requisitos que ya fueron analizados al explicar el alcance de esta causal.

Esta es la interpretación que más se ajusta al *principio del* *efecto útil* de la referida causal de inhabilidad, el cual no riñe con la prohibición de interpretación amplia de las inhabilidades e incompatibilidades. No en vano, la Corte Constitucional ha dicho, explicando el *principio del* *efecto útil*, que «debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias»[[32]](#footnote-32).

A partir de lo dicho, puede concluirse que si el servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de junta o consejo directivo, *de la entidad estatal contratante* –o sus parientes o allegados, en las calidades ya indicadas–, tiene *participación* o desempeña «cargos de dirección o manejo» –entendidos a la luz del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo– en corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, sociedades de responsabilidad limitada y demás sociedades de personas, estas quedan inhabilitadas para contratar con la referida entidad pública. Ahora bien, conviene destacar que en la persona jurídica podría haber socios que no ejerzan estos cargos o personas que los desempeñen y no sean socias[[33]](#footnote-33). No obstante, es importante aclarar que ambas circunstancias están previstas en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, pues esta norma se refiere tanto a tener *participación*, como al desempeño de «cargos de dirección o manejo».

**2.4. Forma de aplicar la causal de inhabilidad bajo análisis. Ausencia de necesidad de declaratoria judicial**

Finalmente, en lo que se refiere al segundo problema planteado en la consulta, esto es, a si la declaración de la inhabilidad consagrada en el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993 exige que la entidad contratante y el proponente se pongan de acuerdo sobre su ocurrencia, pues si no existe consenso en cuanto a su configuración o hay conflicto hermenéutico la entidad estatal debe pedirle al juez que la decrete, la Agencia disiente de la interpretación del peticionario. A continuación se expresan las razones que permiten afirmar que, por el contrario, la causal de inhabilidad objeto de estudio no exige declaratoria judicial, pues la entidad estatal tiene «autotutela declarativa» para constatar en el procedimiento de selección o durante la ejecución del contrato su ocurrencia y declarar su ocurrencia, sin que esta declaración sea necesaria para que la inhabilidad exista, o sea, sin que tenga efecto *constitutivo*.

El artículo 8, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, en el primer inciso, dispone: «Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva»; y luego establece la causal del literal d), materia de análisis. Esto permite señalar que las personas a las que se refiere esta causal están inhabilitadas *desde el momento en que se presenta el supuesto fáctico descrito en la norma*, o sea, cuando en la corporación, asociación, fundación, sociedad anónima cerrada, sociedad de responsabilidad limitada o cualquier sociedad de personas, tenga *participación* o *desempeñe* «*cargos de dirección o manejo*»: i) el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, de la entidad estatal con quien se pretende contratar, o ii) el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos; siempre que no se presente la excepción indicada en el parágrafo 1 del mencionado artículo, que fue explicada.

En otras palabras, el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no establece la formalidad del acto administrativo como un requisito *constitutivo* de la inhabilidad del numeral 2, literal d). La inhabilidad se *constituye* –o se origina– *por el hecho* de incurrir en el supuesto previsto en dicho literal. Por tanto, lo que debe hacer la entidad estatal, al estudiar si se cumple el requisito habilitante de la *capacidad jurídica* en el procedimiento de selección, es verificar que la persona jurídica que presenta la propuesta no esté incursa en la causal de inhabilidad. En caso de advertir que lo está, debe rechazar la oferta[[34]](#footnote-34) y consignar esto en el acto de trámite denominado «informe de evaluación». Este acto tiene efecto *declarativo* de la causal de inhabilidad; no *constitutivo*. Recuérdese que un acto administrativo es *constitutivo* cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica a partir de su expedición, mientras que es *declarativo* cuando acredita una circunstancia de hecho acaecida antes de la manifestación unilateral de voluntad de la Administración[[35]](#footnote-35).

La entidad estatal debe dar traslado del informe de evaluación por el término respectivo –según la modalidad de selección de la que se trate–, para que el oferente al que se le rechazará la oferta tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Si los argumentos no son admisibles, la entidad estatal debe conservar la decisión de rechazar la oferta. El proponente inconforme no pierde por ello la posibilidad de ejercer su derecho de acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución, pues puede demandar el acto administrativo en ejercicio del medio de control procedente en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, como lo dispone el segundo inciso del artículo 141 de este Código[[36]](#footnote-36). En tal sentido, el Consejo de Estado señala:

Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– *con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas*, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva –como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda.

[…]

De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: *i)* cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de *inhabilidad* o de *incompatibilidad* previstas en la Constitución Política o en la ley; *ii)* cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los *requisitos habilitantes* establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; *iii)* cuando se verifique *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente”* que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, *“para la comparación de las propuestas”* y, claro está, *iv)* cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones[[37]](#footnote-37) (énfasis fuera de texto).

Se advierte, pues, que el Consejo de Estado considera que la entidad puede rechazar la oferta por haber constatado la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, y que el traslado del informe de evaluación es la oportunidad procedimental establecida en el régimen contractual para que el proponente pueda ejercer el derecho de defensa. En tal sentido, la interpretación de la Agencia al segundo problema planteado por el peticionario tiene fundamento jurisprudencial. Esta tesis, además, es razonable, pues si la entidad estatal tuviera que demandar al oferente, para que el juez declarara la existencia de la inhabilidad, se produciría el efecto jurídico de que la entidad se viera abocada a suscribir obligatoriamente el contrato con un proponente afectado por la causal, incurriendo en el vicio de nulidad absoluta previsto en el artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993; vicio que es causal de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con el artículo 45 del mismo cuerpo normativo. Es decir, se vería obligada a celebrar el contrato *para terminarlo inmediatamente*. Por otra parte, los servidores públicos se verían conminados a incurrir en los tipos penales y disciplinarios que reprochan la celebración de contratos con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Pero, si, por el contrario, la entidad estatal tuviera que esperar a que se emitiera la sentencia que declarara la inhabilidad para poder celebrar el contrato, la demora que esto ocasionaría frustraría a todas luces los fines de la contratación pública. Por esa razón, de tiempo atrás, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha concedido autotutela declarativa a la Administración para evitar que la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades obstaculice la actividad contractual[[38]](#footnote-38).

En suma, la entidad estatal tiene la facultad de declarar la ocurrencia de algunas causales de inhabilidad, entre ellas la del artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio del ejercicio de los derechos del debido proceso y de libre acceso a la administración de justicia. En efecto, como lo indica el artículo 29 de la Constitución y el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, la entidad estatal debe garantizar el debido proceso. En tal sentido, atendiendo al principio de legalidad de las formas propias del procedimiento y a lo expresado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia reseñada, es el traslado del informe de evaluación, en cada modalidad de selección, la oportunidad establecida en el ordenamiento jurídico para controvertir la verificación de la inhabilidad efectuada por la entidad pública, antes de que quede en firme el rechazo de la oferta por este motivo. Finalmente, como se indicó, esto no obsta para que el proponente acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para cuestionar las decisiones tomadas por la entidad estatal.

**3. Respuesta**

«[…] ¿Agradecemos a la entidad confirmar si nuestro entendimiento es correcto y, por ende, les agradecemos confirmar si para efectos de aplicar la causal de inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se entiende que una persona ocupa un *“cargo de dirección o manejo”* únicamente cuando dicha persona tenga la condición de administrador en una sociedad?

»[…] En el evento de que nuestro anterior entendimiento no sea correcto y bajo el entendido de que las inhabilidades son de interpretación restrictiva, le agradecemos a CCE aclarar:

»(i) ¿Cuáles son las circunstancias o los requisitos bajo los cuales se entiende que, en el marco de la contratación estatal y de la aplicación de esta inhabilidad (literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, una persona natural ejerce un *“cargo de dirección o manejo”* en una sociedad de este tipo? y, a su vez,

»(ii) ¿Cuál es el fundamento jurídico que soporta dicha interpretación de acuerdo con la remisión que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a las leyes comerciales y civiles cuando un asunto no se encuentra expresamente regulado en la Ley 80 de 1993?»

La expresión «cargos de dirección o manejo», consagrada en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, debe entenderse como el resultado de la *interpretación sistemática* del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; pues ambas son normas de derecho privado aplicables en virtud de la remisión de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Armonizando ambas normas, se puede concluir que alguien puede desempeñar en una persona jurídica un «cargo de dirección o manejo» bien sea actuando como «administrador» –en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995– o como «trabajador de dirección, confianza o manejo» –de conformidad con el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo–. En algunas circunstancias alguien que ejerce un cargo de dirección, confianza o manejo puede ser a su vez administrador, en términos societarios, pero esto no siempre coincide. En efecto, se puede presentar el evento de un trabajador de dirección o confianza –en materia laboral–, que no sea «administrador» en el sentido definido por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, también en este caso el trabajador de dirección o manejo haría incurrir a la persona jurídica en la inhabilidad del artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 222 de 1995, si confluyen los demás requisitos que ya fueron analizados al explicar el alcance de esta causal.

Esta es la interpretación que más se ajusta al *principio del* *efecto útil* de la referida causal de inhabilidad, el cual no riñe con la prohibición de interpretación amplia de las inhabilidades e incompatibilidades. No en vano, la Corte Constitucional ha dicho, explicando el *principio del* *efecto útil*, que «debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias»[[39]](#footnote-39).

A partir de lo dicho, puede concluirse que si el servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de junta o consejo directivo, *de la entidad estatal contratante* –o sus parientes o allegados, en las calidades ya indicadas–, tiene *participación* o desempeña «cargos de dirección o manejo» –entendidos a la luz del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo– en corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, sociedades de responsabilidad limitada y demás sociedades de personas, estas quedan inhabilitadas para contratar con la referida entidad pública. Ahora bien, conviene destacar que en la persona jurídica podría haber socios que no ejerzan estos cargos o personas que los desempeñen y no sean socias[[40]](#footnote-40). No obstante, es importante aclarar que ambas circunstancias están previstas en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, pues esta norma se refiere tanto a tener *participación*, como al desempeño de «cargos de dirección o manejo».

«[…]

»[…] Le agradecemos a la entidad confirmar si nuestro entendimiento es correcto y que, en ese sentido, para la aplicación de la inhabilidad establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es necesario que la entidad contratante emita un acto administrativo en el que se declare la existencia de dicha inhabilidad y que necesariamente, de forma previa, la entidad contratante le haya garantizado a la persona que se acusa de estar incursa en dicha inhabilidad el derecho constitucional al debido proceso y al ejercicio legítimo de su defensa.

»[…]

»[…] En el evento de que exista un conflicto interpretativo respecto de la aplicabilidad de la inhabilidad mencionada (literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993) entre la entidad contratante y la persona jurídica que se acusa de estar incursa en dicha inhabilidad (por ejemplo, por cuanto el proponente o contratista considera que la persona aparentemente incursa en la causal de inhabilidad no ejerce un cargo de dirección o manejo, mientras que la entidad contratante considera que dicha persona si lo ejerce), entendemos que dicho conflicto únicamente puede ser resuelto por vía judicial, en tanto que las entidades estatales no cuentan con una habilitación legal expresa que les permita declarar de forma unilateral la existencia de la referida inhabilidad a la que hace referencia el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Le agradecemos a CCE confirmar nuestro anterior entendimiento» (sic).

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no establece la formalidad del acto administrativo como un requisito *constitutivo* de la inhabilidad del numeral 2, literal d). La inhabilidad se *constituye* –o se origina– *por el hecho* de incurrir en el supuesto previsto en dicho literal. Por tanto, lo que debe hacer la entidad estatal, al estudiar si se cumple el requisito habilitante de la *capacidad jurídica* en el procedimiento de selección, es verificar que la persona jurídica que presenta la propuesta no esté incursa en la causal de inhabilidad. En caso de advertir que lo está, debe rechazar la oferta[[41]](#footnote-41) y consignar esto en el acto de trámite denominado «informe de evaluación». Este acto tiene efecto *declarativo* de la causal de inhabilidad; no *constitutivo*. Recuérdese que un acto administrativo es *constitutivo* cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica a partir de su expedición, mientras que es *declarativo* cuando acredita una circunstancia de hecho acaecida antes de la manifestación unilateral de voluntad de la Administración[[42]](#footnote-42).

La entidad estatal debe dar traslado del informe de evaluación por el término respectivo –según la modalidad de selección de la que se trate–, para que el oferente al que se le rechazará la oferta tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Si los argumentos no son admisibles, la entidad estatal debe conservar la decisión de rechazar la oferta. El proponente inconforme no pierde por ello la posibilidad de ejercer su derecho de acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución, acudiendo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Como se indicó en las consideraciones de este concepto, el Consejo de Estado considera que la entidad puede rechazar la oferta por haber constatado la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, y que el traslado del informe de evaluación es la oportunidad procedimental establecida en el régimen contractual para que el proponente pueda ejercer el derecho de defensa. En tal sentido, la interpretación de la Agencia al segundo problema planteado por el peticionario tiene fundamento jurisprudencial. Esta tesis, además, es razonable, pues si la entidad estatal tuviera que demandar al oferente, para que el juez declarara la existencia de la inhabilidad, se produciría el efecto jurídico de que la entidad se viera abocada a suscribir obligatoriamente el contrato con un proponente afectado por la causal, incurriendo en el vicio de nulidad absoluta previsto en el artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993; vicio que es causal de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con el artículo 45 del mismo cuerpo normativo. Es decir, se vería obligada a celebrar el contrato *para terminarlo inmediatamente*. Por otra parte, los servidores públicos se verían conminados a incurrir en los tipos penales y disciplinarios que reprochan la celebración de contratos con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Pero, si, por el contrario, la entidad estatal tuviera que esperar a que se emitiera la sentencia que declarara la inhabilidad para poder celebrar el contrato, la demora que esto ocasionaría frustraría a todas luces los fines de la contratación pública. Por esa razón, de tiempo atrás, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha concedido autotutela declarativa a la Administración para evitar que la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades obstaculice la actividad contractual.

En suma, la entidad estatal tiene la facultad de declarar la ocurrencia de algunas causales de inhabilidad, entre ellas la del artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio del ejercicio de los derechos del debido proceso y de libre acceso a la administración de justicia. En efecto, como lo indica el artículo 29 de la Constitución y el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, la entidad estatal debe garantizar el debido proceso. En tal sentido, atendiendo al principio de legalidad de las formas propias del procedimiento y a lo expresado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia reseñada, es el traslado del informe de evaluación, en cada modalidad de selección, la oportunidad establecida en el ordenamiento jurídico para controvertir la verificación de la inhabilidad efectuada por la entidad pública, antes de que quede en firme el rechazo de la oferta por este motivo. Finalmente, como se indicó, esto no obsta para que el proponente acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para cuestionar las decisiones tomadas por la entidad estatal.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) ANCP – CCE |

1. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

   »Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

   »1o.) que sea legalmente capaz.

   […]

   »La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
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-4)
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-5)
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-6)
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-7)
8. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), 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-8)
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-9)
10. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-10)
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-11)
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-12)
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-13)
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-14)
15. Para José Ignacio Narváez en las sociedades de capital «[...] una vez efectuados los aportes, los asociados pasan la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones [...] y por tal virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana» (NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Bogotá: Ed. Legis. 1998. p. 74). [↑](#footnote-ref-15)
16. Para el mismo autor citado antes «En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitus personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a ellos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios [...], y para que un socio pueda transferir o ceder su parte de interés en la sociedad a un tercero, se exige el consentimiento de los demás socios». (Ibid., p. 73-74). [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia C- 188 de 2008, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. Consejero ponente: Edgar González López: «Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60. de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido». [↑](#footnote-ref-18)
19. La doctrina sostiene esta interpretación. Al respecto puede verse: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis, 2016. p. 191. [↑](#footnote-ref-19)
20. «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

    »Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

    »Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

    »[…]

    »Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

    »[…]

    »Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

    »Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

    »En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

    »[…]». [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 202 del Código de Comercio, en el primer inciso, establece: «En las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que los hubiere aceptado». [↑](#footnote-ref-21)
22. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-082794 del 20 de septiembre de 2012. [↑](#footnote-ref-22)
23. Superintendencia de Sociedades. Oficio con radicado No. 220-090499 del 6 julio de 2021. [↑](#footnote-ref-23)
24. DÁVILA, Op.cit., p. 191. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de septiembre de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 1985-06. [↑](#footnote-ref-25)
26. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 110. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ibíd., p. 110. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibíd., p. 110. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ibíd., p. 290. [↑](#footnote-ref-29)
30. Este criterio también ha sido admitido por la Corte Constitucional. Al respecto, puede verse la sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ministerio del Trabajo. Concepto con radicado No. 08SE2018120300000040884 de 30 de octubre de 2018. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-32)
33. El artículo 318 del Código de Comercio establece: «Los administradores, sean socios o extraños, al fin de cada ejercicio social darán cuenta de su gestión a la junta de socios e informarán sobre la situación financiera y contable de la sociedad. Además, rendirán a la misma junta cuentas comprobadas de su gestión cuando ésta la solicite y, en todo caso, al separarse del cargo.

    »Las estipulaciones tendientes a exonerarlos de dichas obligaciones y de las responsabilidades consiguientes se tendrán por no escritas». [↑](#footnote-ref-33)
34. Como ha indicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, cuando un oferente está incurso en una causal de inhabilidad e incompatibilidad, esta es una justa causa de rechazo de la propuesta. Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 24059. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sobre esta distinción puede verse la Sentencia C-715 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). [↑](#footnote-ref-35)
36. En efecto, el segundo inciso de este artículo dice que «Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso». [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 24059. [↑](#footnote-ref-37)
38. En tal sentido, el Consejo de Estado, ha dicho: «Se le otorga a la administración el privilegio de la autotutela declarativa con el fin de velar por la legalidad de sus contratos, esto es, se la revistió de la facultad de darlos por terminados sin necesidad de pronunciamiento judicial, en tanto está en la obligación de obrar de tal manera cuando en el contrato concurra cualquiera de estas tres circunstancias: i) cuando se haya celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad, ii) o contra expresa prohibición constitucional o legal o iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenta el contrato.

    »Ya desde los decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, se imponía a la administración la obligación de terminar los contratos que infringieran el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sin que hubiera lugar al reconocimiento o pago de indemnización alguna (arts. 11 y 13, respectivamente) y con una mejor técnica la ley 80 mantuvo para la administración esta potestad, sumada a la ocurrencia de otras circunstancias, todas encaminadas a preservar el ordenamiento jurídico.

    »Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato, no puede afirmarse *prima facie*, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen por parte del adjudicatario que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable.

    »No parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda unilateralmente dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda, por el contrario, dejar sin efectos el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 15 de agosto de 2002. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 20923). [↑](#footnote-ref-38)
39. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-39)
40. El artículo 318 del Código de Comercio establece: «Los administradores, sean socios o extraños, al fin de cada ejercicio social darán cuenta de su gestión a la junta de socios e informarán sobre la situación financiera y contable de la sociedad. Además, rendirán a la misma junta cuentas comprobadas de su gestión cuando ésta la solicite y, en todo caso, al separarse del cargo.

    »Las estipulaciones tendientes a exonerarlos de dichas obligaciones y de las responsabilidades consiguientes se tendrán por no escritas». [↑](#footnote-ref-40)
41. Como ha indicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, cuando un oferente está incurso en una causal de inhabilidad e incompatibilidad, esta es una justa causa de rechazo de la propuesta. Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 24059. [↑](#footnote-ref-41)
42. Sobre esta distinción puede verse la Sentencia C-715 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). [↑](#footnote-ref-42)