**INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación a capacidad**

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

**INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**INHABILIDAD SOBREVINIENTE – Sobre consorcio o unión temporal**

Según se desprende del texto del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, y sin perjuicio de la regla especial establecida en el parágrafo 1 de dicho artículo, (…) si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un procedimiento de selección, (…) el proponente renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo, ello incluye, si se presenta de forma individual o como proponente plural, pues la ley no hace distinción alguna al respecto, tan sólo contempla la posibilidad de ceder su participación cuando ya se está en presencia de un contrato (…).

Conforme a lo anterior, en el caso en que se llegue a presentar una inhabilidad o incompatibilidad durante la ejecución del contrato estatal, el contratista tiene dos opciones: primero, ceder el contrato, previa autorización escrita de la Entidad Estatal y, segundo, en el caso en que la cesión no fuera posible, deberá renunciar a la ejecución del contrato (…) a excepción de la inhabilidad contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, ya que en dicho caso la Ley prohíbe la renuncia del contrato por parte del contratista a quién se le haya sancionado por corrupción, siendo obligatorio para la Entidad Estatal ordenar mediante acto administrativo motivado la cesión o terminación unilateral, “*sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.”*

(…) Ahora bien, nótese que la norma dispone que cuando sobreviene una inhabilidad o una incompatibilidad en uno de los integrantes del consorcio o unión temporal, el contrato se continuará ejecutando, pero para ello el integrante afectado por la inhabilidad deberá ceder su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante, y proscribe expresamente la posibilidad de hacer la cesión entre sus integrantes (…).

**TERMINACIÓN UNILATERAL – Cláusula excepcional – Finalidad**

[…] las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

En este sentido, los motivos aducidos por la entidad estatal para ejercer las cláusulas excepcionales deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés general, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

 En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una faculta exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.

**DISOLUCIÓN DEL CONTRATISTA – Causal de terminación unilateral del contrato**

Esta causal se explica, tanto para la persona natural como para la persona jurídica, por la naturaleza *intuito personae* del contrato estatal, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Por ello, ante la muerte o discapacidad permanente de la persona natural o ante la disolución de la persona jurídica, resulta lógico que las calidades que determinaron la escogencia del contratista desaparecen y, las mismas, no se trasmiten a sus herederos o causahabientes.

Con todo, en aplicación del derecho civil, la muerte de una persona natural puede implicar la apertura de un proceso de sucesión, mediante el cual se transmiten todos los derechos y obligaciones que estaban a nombre del causante, es decir, si el causante tenía un contrato vigente al momento de fallecer, esta posición podría llegar a ser ocupada por sus herederos, si cumplen con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato.

**APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL – Consorcios y uniones temporales**

En consecuencia, en el ordenamiento colombiano, pueden celebrar contratos estatales las entidades del Estado las personas naturales, las personas jurídicas que tengan dentro de su objeto social actividades relacionadas con el objeto a contratar y, por virtud de la ley, también lo pueden hacer los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras, los consorcios y las uniones temporales. Ahora bien, como es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, los consorcios y uniones temporales no son personas jurídicas

La diferencia entre consorcios y uniones temporales, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones que lleguen a generarse por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que, tratándose de una unión temporal, éstas se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente no sólo frente a su propuesta y en la ejecución del contrato, sino también responderán de la misma manera frente a las sanciones que se les impongan.

**CCE-DES-FM-17**

 Señora

**Marta Arroyo Franco**

Jefe área jurídica

Aguas de Córdoba S.A. E.S.P,

Montería, Córdoba

 **Concepto C-407 de 2023**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:**  | INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación a capacidad INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDAD SOBREVINIENTE – Sobre consorcio o unión temporal/ TERMINACIÓN UNILATERAL – Cláusula excepcional – Finalidad / DISOLUCIÓN DEL CONTRATISTA – Causal de terminación unilateral del contrato / APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL – Consorcios y uniones temporales  |  |
| **Radicación**:  | Respuesta a consulta P20231124017219 |

Estimada señora Arroyo:

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 a sus consultas del 24 de noviembre de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

“I. TEMA: LA DISOLUCIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA (SOCIEDAD) INTEGRANTE DE UN CONSORCIO CONTRATISTA Y Su INCIDENCIA EN LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONTINUAR LA EJECUCIÓN:

1. La disolución una sociedad (persona jurídica) integrante de un consorcio, configura o no una pérdida de su capacidad jurídica para contratar y por tanto para continuar con la ejecución del contrato, llevando a que se con figure una inhabilidad sobreviniente?
2. ¿Según los lineamientos de Colombia Compra eficiente, que actuaciones debe hacer una entidad frente a la disolución de una de las personas jurídicas integrantes de un consorcio contratista?

II. TEMA: APLICACIÓN DE LA CAUSAL No. 2 DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 80 DE 1993. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR DISOLUCIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA (SOCIEDAD) INTEGRANTE DE UN CONSORCIO CONTRATISTA

1. ¿Los lineamientos vertidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, mediante Concepto 286 de 2022, sobre la posibilidad de terminación unilateral del contrato por disolución de una de las personas jurídicas integrante de un consorcio se mantiene vigente a hay algún cambio en los lineamientos sobre el tema?
2. Según los lineamientos de Colombia Compra Eficiente, es o no imperativo para una Entidad aplicar la causal #2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, cuando una de las sociedades integrantes de un consorciado contratista se encuentra en estado de disolución?
3. Es posible aplicar la causal #2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, cuando una de las sociedades integrantes de un consorciado contratista se encuentra en estado de disoluci6n, habiéndose reportado para interventoría un escenario de incumplimiento contractual con fines de multa y caducidad?” [SIC].
4. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta Entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta Entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos contractuales de donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la Entidad que suscribió el contrato y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. En este sentido, se analizarán los siguientes temas: i) 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; ii) régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Regulación de la inhabilidad sobreviniente; iii) naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales: cesión de participación de los miembros; y iv) terminación unilateral del contrato estatal por muerte o incapacidad física permanente del contratista persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. Análisis sobre su procedencia respecto de contratistas plurales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado frente a los consorcios y uniones temporales, en los conceptos 2201913000007131 del 25 de septiembre de 2019, 2201913000007255 del 25 de septiembre de 2019, 2201913000007980 del 24 de octubre de 2019, 2201913000008703 del 25 de noviembre de 2019, 2201913000009610 y 2201913000009611 del 26 de diciembre de 2019. También en los conceptos C–343 del 17 de junio de 2020, C─586 del 31 de agosto de 2020 y C-286 de 12 de mayo de 2022, por lo que, en lo pertinente, se reiteran dichas consideraciones.

Igualmente, La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado número 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 septiembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, C -001 del 23 de abril de 2020, C-007 del 4 de mayo de 2020, C ─ 011 del 27 de abril de 2020, C ─ 085 del 4 de marzo de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C -125 de 2020 del 3 de marzo de 2020, C-157 de 2020 del 16 de marzo de 2020, C-239 de 2020 del 16 de abril de 2020, C ─ 246 de 2020 del 3 de abril de 2020, C – 273 de 2020 del 21 de mayo de 2020, C – 402 del 26 de junio de 2020, C-138 de 18 de mayo de 2022, C-514 del 10 de agosto de 2022, C-731 de 10 de noviembre de 2022 y C-059 de 13 de junio de 2023 estudió la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, incluyendo las sobrevinientes, como límite a la capacidad contractual, así como los criterios de interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se exponen a continuación.

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

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las Entidades Estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, 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 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*[[2]](#footnote-2), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, *“[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”[[3]](#footnote-3)*. 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”[[4]](#footnote-4).* En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

“[D]e 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.[[5]](#footnote-5)

También ha dicho que:

[L]a 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.)[[6]](#footnote-6)“

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

**2.2 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Regulación de la inhabilidad sobreviniente.**

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

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que *“las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”[[7]](#footnote-7).*

Las limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrollan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis la moralidad administrativa. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, quien se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

“De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado[[8]](#footnote-8).”

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

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

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.”[[9]](#footnote-9)

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

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

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150).[[10]](#footnote-10)“

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[11]](#footnote-11).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12) establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del numeral 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

Ahora bien, también es posible que la inhabilidad sobrevenga cuando ya está perfeccionado el contrato o incluso durante su ejecución. Para casos como este, en el que la inhabilidad se presenta de manera sobreviniente, existe una la regulación especial del Estatuto General de la Contratación Pública, establecida en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

“Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Parágrafo 1º. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato. […]”[[13]](#footnote-13) (Cursivas añadidas).

 Esta regulación de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes fue una innovación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues el tema no fue abordado en los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983. Naturalmente, no se trata de causales nuevas, sino de su configuración antes de que finalice el procedimiento de selección o después de perfeccionado el contrato. Sobre la constitucionalidad de esta norma se pronunció la Corte Constitucional indicando que:

“[…] Se trata de evitar que contraten con el Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a la cual pertenece también la disposición demandada. Como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo de los trámites previos a la contratación, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación contractual ya se había establecido o dentro del tiempo de una licitación o concurso ya iniciados.

A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección […]”[[14]](#footnote-14)

 En efecto, si el contrato se celebra con personas incursas previamente en una situación de inhabilidad o incompatibilidad, este surge a la vida jurídica viciado de nulidad absoluta. Razón por la cual, el artículo 9 de la ley 80 de 1993 contempla en su inciso segundo que: “Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo […]”. Dicha presunción de renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo, en caso de contar con resolución de adjudicación, debe interpretarse en conjunto con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra dos reglas especiales en los que la norma da la posibilidad a una Entidad Estatal para que adjudique nuevamente el contrato al proponente calificado en segundo lugar, y esto es, cuando dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, el acto administrativo de adjudicación es revocado porque sobrevino una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, caso en el cual, “la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.

La segunda regla, trata de aquellos casos en que la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, la norma indica que la Entidad Estatal podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar, con excepción de los contratos de concesión.

 Las normas citadas reflejan el querer del legislador de que los Proceso de Contratación adelantados por las entidades estatales cumplan con los fines de la contratación estatal, esto es, que los servidores públicos tengan en consideración al momento de celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, que las entidades buscan con ellos la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus fines estatales, por lo cuanto deben garantizar además la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de derechos e intereses de los administrados, conforme lo dispuesto en el artículo 3 y el numeral 3 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

 Sobre el tema, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la obligación de adjudicar un contrato en sentencia del 8 de febrero de 1985[[15]](#footnote-15), según la cual una vez agotadas las etapas de un proceso licitatorio el único camino que le queda a la entidad es proceder a la adjudicación del mismo, indicando que el abstenerse sin motivo valedero puede generarle responsabilidades.

Adicionalmente, la doctrina nacional, que ha considerado que la posibilidad que tiene las entidades estatales para adjudicar un Proceso de Contratación al segundo proponente dentro del orden de elegibilidad, se encuentra acorde con el principio de economía que rige en la contratación estatal, ya que *“antes de proceder a ordenar la apertura de un nuevo proceso licitatorio, la entidad tendrá que agotar el mecanismo de llamar aquel que se encuentra ahora en la mejor opción para ejecutar el contrato”[[16]](#footnote-16)*

Del análisis realizado se desprende que nuestro ordenamiento jurídico contempló la facultad discrecional de que una Entidad Estatal adjudiqué un Proceso de Contratación al segundo proponente dentro del orden de elegibilidad, en los casos previamente descritos, sin embargo, a consideración de esta Agencia, la facultad discrecional que tiene la Entidad Estatal en virtud del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, para que dentro de los quince (15) días siguientes, adjudique el contrato al proponente calificado en segundo lugar, no quiere decir que la misma no deba motivarse a través de acto administrativo, sea cual sea su decisión, pues en ella debe justificar por qué la propuesta del segundo proponente en orden de elegibilidad es o no igualmente favorable para la entidad.

Lo anterior se justifica con lo estipulado en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que indica: *“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

En concordancia, con lo dispuesto en este artículo esta Agencia considera que la decisión discrecional que adopte la Entidad Estatal debe de estar debidamente argumentada y sustentada de por qué la propuesta del proponente calificado en segundo orden de elegibilidad, es decir, de aquel que cumplió con todos los requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones y le ha seguido en puntuación al contratista adjudicatario, es o no igualmente favorable para la entidad, esto quiere decir, que se debe justificar por qué dicho proponente es o no idóneo para ejecutar el contrato como el que obtuvo el primer orden de elegibilidad, que son los hechos que le sirven de causa, y el por qué la adjudicación o no del contrato es adecuada a los fines de la contratación estatal.

 En contraste, si se genera la inhabilidad o incompatibilidad de forma sobreviniente a un contratista una vez celebrado el contrato, se debe aclarar que el contrato no es inválido porque se perfeccionó de forma lícita; pero conforme al principio de moralidad administrativa no se puede continuar ejecutando ni mantenerse el vínculo con ese contratista inhábil y se producen entonces las consecuencias dispuestas por el legislador.

 Según se desprende del texto del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, y sin perjuicio de la regla especial establecida en el parágrafo 1 de dicho artículo[[17]](#footnote-17), si la inhabilidad o incompatibilidad se configura después del perfeccionamiento del contrato, el contratista cederá el contrato a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante; pero si esto no es posible, está obligado a renunciar a la ejecución.

 Por otra parte, conforme al artículo anteriormente citado, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un procedimiento de selección, hay que hacer la aclaración que esta Agencia ha entendido que el proponente renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo, ello incluye, si se presenta de forma individual o como proponente plural, pues la ley no hace distinción alguna al respecto, tan sólo contempla la posibilidad de ceder su participación cuando ya se está en presencia de un contrato, por lo tanto, cuando la norma dispone la posibilidad de que un integrante de un proponente plural inhabilitado o con incompatibilidad pueda ceder su participación, esta se ha entendí por la Agencia de que sólo se podrá si cuenta con la autorización escrita del contratante, con la restricción de que el cesionario no puede ser alguno de los demás integrantes del consorcio o la unión temporal[[18]](#footnote-18).

 Conforme a lo anterior, en el caso en que se llegue a presentar una inhabilidad o incompatibilidad durante la ejecución del contrato estatal, el contratista tiene dos opciones: primero, ceder el contrato, previa autorización escrita de la Entidad Estatal y, segundo, en el caso en que la cesión no fuera posible, deberá renunciar a la ejecución del contrato. En ese sentido, si durante la ejecución del contrato se llega a configurar alguna de las situaciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se configuraría una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente y, ante este supuesto, la normativa solo prevé las dos soluciones referidas, a excepción de la inhabilidad contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, ya que en dicho caso la Ley prohíbe la renuncia del contrato por parte del contratista a quién se le haya sancionado por corrupción, siendo obligatorio para la Entidad Estatal ordenar mediante acto administrativo motivado la cesión o terminación unilateral, “*sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.”*

 En este caso, las implicaciones jurídicas y económicas de prohibir por Ley la renuncia de la ejecución del contrato a aquel contratista sancionado por temas de corrupción, da entender el alcance de dicha figura, pues conforme a ello, cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente a un contratista, diferente a la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, si bien no se puede mantener el vínculo contractual con ese contratista inhábil, se deberá proceder a su cesión o terminación, aquellas figuras no se tramitaran exclusivamente por la Entidad Estatal de manera unilateral, como también procederá a lugar de reconocer al contratista lo ejecutado hasta el momento, en el respectivo cruce de cuentas que se realice en la cesión del contrato, como en la liquidación del mismo en caso de la terminación.

Ahora bien, nótese que la norma dispone que cuando sobreviene una inhabilidad o una incompatibilidad en uno de los integrantes del consorcio o unión temporal, el contrato se continuará ejecutando, pero para ello el integrante afectado por la inhabilidad deberá ceder su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante, y proscribe expresamente la posibilidad de hacer la cesión entre sus integrantes. Dicha cesión resulta de suma importancia en la ejecución de las obligacionales asumidas por cada integrante ya sea de consorcio o unión temporal, cuya responsabilidad es solidaria a consideración del Consejo de Estado[[19]](#footnote-19) frente a la Entidad Estatal, diferenciándose únicamente entre sí, que dicha responsabilidad recaerá sobre el alcance de las actividades por las cuales responde cada integrante según el tipo de figura asociativa, pues en la unión temporal, se limitará a las actividades asumidas por cada integrante en el acuerdo de constitución a diferencia del consorcio.

**2.3. Naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales**

Uno de los presupuestos para celebrar un contrato estatal, al igual que para celebrar cualquier otro negocio jurídico de forma válida, es el de gozar de capacidad jurídica, entendida como la aptitud de un sujeto para ser titular de derecho y obligaciones, de ejercer o exigir los primeros y contraer las segundas en forma personal y de comparecer en juicio. La capacidad jurídica permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma.

De acuerdo con con lo establecido en el Código Civil, la capacidad[[20]](#footnote-20) se refiere a la facultad que la ley le confiere a ciertos sujetos para ejercer derechos y contraer obligaciones, partiendo del supuesto de que todas las personas naturales mayores de edad son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de tal presunción ‒artículos 1502, 1503 y 1504‒, y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a lo establecido en su objeto social y su forma de creación[[21]](#footnote-21).

El artículo 6 del Estatuto General de Contratación de la Administración, respecto de quienes pueden celebrar contratos con las entidades estatales, establece lo siguiente:

“Artículo 6o. Modificado por la Ley 2160 de 2021, artículo 1º. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993.

Para las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y las demás formas y expresiones organizativas, deberán contar con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro; y 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. […]”

En consecuencia, en el ordenamiento colombiano, pueden celebrar contratos estatales las entidades del Estado las personas naturales, las personas jurídicas que tengan dentro de su objeto social actividades relacionadas con el objeto a contratar y, por virtud de la ley, también lo pueden hacer los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras, los consorcios y las uniones temporales. Ahora bien, como es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, los consorcios y uniones temporales no son personas jurídicas. En efecto, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define estos sujetos de la siguiente manera:

“Artículo 7º. Modificado por la Ley 2160 de 2021, artículo 3º. Entidades a contratar. Para los efectos de esta ley se entiende por:

[…]

6. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

7. Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

[…]

Parágrafo 1°. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. […]”

Entonces, los consorcios[[22]](#footnote-22) o uniones temporales son convenios de asociación fundamentados en la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y organizan en forma conjunta para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial, como es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos de toda índole para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos.

La diferencia entre consorcios y uniones temporales, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones que lleguen a generarse por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que, tratándose de una unión temporal, éstas se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente no sólo frente a su propuesta y en la ejecución del contrato, sino también responderán de la misma manera frente a las sanciones que se les impongan. En relación con las normasen cita, la Corte Constitucional en sentencia C–949 de 2001[[23]](#footnote-23) consideró lo siguiente:

“En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

[…]

Cabe apreciar que la única diferencia entre las dos figuras radica en que en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquélla, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones.

[…]

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituirlas como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1o. y 2o. Superiores)”.

De lo anterior se desprende que, si los consorcios y uniones temporales no son personas jurídicas, su creación convencional se logra mediante un acuerdo privado en el que concurre la voluntad de sus integrantes para regular distintos aspectos, a saber: su objeto, la participación de los miembros, las obligaciones frente al proyecto que los une, la responsabilidad de los miembros y la forma en que regirán sus relaciones internas y el relacionamiento con la entidad contratante, mediante la designación de un representante. Así lo exige el parágrafo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 para que el órgano creado con la constitución del consorcio o unión temporal tenga vocación de resultar el adjudicatario del contrato estatal.

**2.4. Terminación unilateral del contrato estatal por muerte o incapacidad física permanente del contratista persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. Análisis sobre su procedencia respecto de contratistas plurales.**

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que en la celebración de los contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades y los servidores públicos deben tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, también deben contribuir al logro y satisfacción del interés general, cumpliendo de esta forma una función social en desarrollo de sus obligaciones contractuales como colaboradores del Estado.

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. Es decir, las entidades estatales pueden usar estas potestades “[…] como manifestación de su *imperium* o poder de Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estás prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los limites señalados por la misma”[[24]](#footnote-24).

  En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[[25]](#footnote-25) se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

En este sentido, los motivos aducidos por la entidad estatal para ejercer las cláusulas excepcionales deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés general, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

  En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una faculta exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.

  El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente en que eventos procede la terminación unilateral del contrato. Al efecto, la norma establece las siguientes causales:

“Artículo 17. De la terminación unilateral**.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

*2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

  3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

  4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

  Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

  La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.” [Énfasis fuera de texto]

Esta figura no tiene como finalidad sancionar al contratista sino que se encuentra dirigida a evitar la paralización del contrato estatal y garantizar su correcta ejecución. La doctrina ha considerado que “[…] el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 consagra, en virtud del principio de legalidad regente para toda la actividad administrativa, la potestad de las entidades estatales de finiquitar la relación contractual con su contratista a partir de la configuración de cualquiera de las causales expresadas en dicha norma […]”[[26]](#footnote-26). En igual sentido lo ha reconocido el Consejo de Estado al poner de presente que:

“Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene *“(...) el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo* [se refiere a la entidad estatal contratante] *y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (...)”* de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2o del artículo 14 de la Ley 80, esto es: *a) “en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”; b)* en los contratos que tengan por objeto *“la prestación de servicios públicos”; c)* en los contratos que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”* y *d) “en los contratos de obra”*, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así́ mismo podría aplicarse en aquellos *f) “contratos de suministro”* y *g)* contratos *“de prestación de servicios”,* en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa y, por tanto, se encuentra expresamente autorizada por la ley su inclusión.

Tal como lo ordena el inciso 2o del numeral 1o del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral *“(...) deberá́ procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.*

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.”[[27]](#footnote-27)

Conforme a lo anterior, la terminación unilateral del contrato es una prerrogativa excepcional que, lejos de fungir como un acto represivo contra el contratista o en contra de la ejecución del contrato mismo, constituye una herramienta cuyo fin exclusivo es el de lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales. En todo caso, el ejercicio de esta potestad supone el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a las que haya lugar, así como la aplicación de los mecanismos de reajuste. Lo anterior indica que la terminación unilateral del contrato estatal no entraña una sanción, por lo que, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad para el contratista por este solo hecho.

Para efectos de resolver la consulta planteada, es necesario analizar la causal de terminación unilateral consagrada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993. Esta norma, prevé como supuestos de hecho que ameritan la terminación unilateral y anticipada del contrato la “[…] muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista”. Esta causal se explica, tanto para la persona natural como para la persona jurídica, por la naturaleza *intuito personae* del contrato estatal, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[28]](#footnote-28). Por ello, la muerte o discapacidad permanente de la persona natural, así como la disolución de la persona jurídica, constituyen hechos que impiden que los sujetos que en virtud de sus calidades fueron escogidos para desarrollar el contrato puedan seguirlo haciendo, por lo que justifican la terminación del contrato, máxime aun considerado que tales calidades no se trasmiten a sus herederos o causahabientes[[29]](#footnote-29).

Con todo, en aplicación del derecho civil, la muerte de una persona natural puede implicar la apertura de un proceso de sucesión, mediante el cual se transmiten todos los derechos y obligaciones que estaban a nombre del causante[[30]](#footnote-30), es decir, si el causante tenía un contrato vigente al momento de fallecer, esta posición podría llegar a ser ocupada por sus herederos, si cumplen con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato. Lo anterior ha sido reconocido por parte del Consejo de Estado, donde ha puesto de presente: “[…] en la sucesión por causa de muerte a título universal, “se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles” con lo cual los herederos pueden ocupar la posición contractual del causante en el contrato y convertirse en los titulares de los derechos y las obligaciones pactadas en el mismo […]”.[[31]](#footnote-31)

Además, sea para contratistas persona natural o persona jurídica, el inciso final del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 dispone que “[…] en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”. Es decir, si la persona natural muere o es declarada con incapacidad fisica permanente o si la persona jurídica se disuelve, la ejecución contractual puede continuar con el garante de la obligación.

Su consulta indaga en particular sobre la procedencia de aplicar la referida causal de términación unilateral en eventos en los que se presenta la muerte o la disolución de alguna de las personas naturales o juridicas que integran un concorcio. Ciertamente, el texto de la causal no alude a consorcios, uniones temporales o contratistas plurales, de lo que se colige la relavancia de la consulta. Esto considerando que, conforme a lo establecido *ut supra,* los consorcios y uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de sus socios, sino que corresponden a esquemas asociativos entre privados, conformados de cara a la adjudicación y ejecución de un contrato.

Sin embargo, debe advertirse que, ni la particular naturaleza juridica de los consorcios y uniones temporales, ni el hecho de que el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 no los mencione de manera expresa, suponen motivos que descarten la posibilidad de aplicar esta causal de términación unilateral del contrato a proponentes plurales. Esto comoquiera, de cualquier modo, los integrantes de los proponentes plurales son personas naturales o juridicas, suceptibles de ubicarse dentro de los supuestos de hecho contemplados en la norma. Sobre el particular, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de avalar la procedencia de la aplicación de esta causal en los casos en los que se presenta la muerte de los integrantes de un proponente plural. En este sentido el autor Pino Ricci ha manifestado: “*La muerte del contratista genera la terminación unilateral del contrato. Las entidades estatales no pueden asumir las consecuencias de la muerte del contratista frente a sus derechos y obligaciones, particularmente lo relacionado con el juicio o trámite de la sucesión. En el caso de los consorcios y uniones temporales, la muerte de uno de sus integrantes también genera la terminación unilateral del contrato”*[[32]](#footnote-32).

En el mismo sentido, Palacio Hincapié sostiene que la muerte de uno de los integrantes de un consorcio o unión temporal justifica la terminación del contrato, puesto que los demás integrantes del proponente plural no podrían asumir obligaciones del integrante fallecido, considerando la prohibición de cesiones entre los integrantes establecida en la segunda parte del inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993[[33]](#footnote-33). Al respecto afirma:

“La terminación unilateral en este evento no es una sanción al contratista, sino la simple reafirmación de que un contrato es intuito personae y no, como lo sostienen algunos, que es por la reducción a una sola parte, dando lugar a la terminación del vínculo; y no lo es porque las partes continúan para los efectos de la liquidación del contrato y para la responsabilidad a que haya lugar, ya que la Administración tendrá derechos y deberes en relación con los causahabientes del contratista. […] Si la muerte recae en uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal, la consecuencia jurídica es la misma, pues el otro integrante del consorcio no puede asumir las obligaciones de quien dejó de existir, pues está prohibida la cesión entre los integrantes del consorcio y de la unión temporal”[[34]](#footnote-34)

Según estas consideraciones, la causal del numeral 2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 resulta aplicable a eventos como el descrito en la consulta, en los que se presenta la disolución de uno de los integrantes de un consorcio o una unión temporal. Esto no sólo se justificaría en la imposibilidad de los demás miembros del consorcio de cederse entre sí el componente de ejecución del contrato que correspondía al integrante fallecido, sino también en el carácter *intuito personae* delcontrato, que se vería afectado por la falta de una de las personas cuyas calidades, aunadas con las demás integrantes, determinaron la escogencia del consorcio como contratista.

Lo anterior permite concluir, con apoyo en la doctrina, que, ante la disolución de uno de los miembros de un consorcio, en principio, resultaría procedente el ejercicio de la potestad de terminación unilateral, considerando que la prestación de un servicio y el desarrollo de un contrato podrían afectarse gravemente por este hecho, el cual supone la ausencia de una de las personas encargadas de ejecutar determinado porcentaje o componente del contrato. En ese sentido, en este evento la facultad de dar por terminado de manera unilateral y anticipada el contrato se ofrece como una herramienta para que las entidades estatales puedan garantizar la continua prestación de servicios a su cargo y el cumplimiento de los fines del contrato.

Sin perjucio de lo anterior, corresponde a cada entidad estatal realizar el análisis respectivo que permita establecer si las circunstancias particulares de la ejecución del contrato ameritan el ejercicio de la potestad excepcional tendiente a su términación unilateral, para lo que deberá evaluar si, en efecto, la muerte del integrante del contratista plural deriva en la paralización de prestación de servicios o la grave afectación del interés general. En ese sentido, ante la muerte del integrante de un consorcio, la entidad estatal debe determinar si dar por términado el contrato es lo procedente, considerando variables como las fases de ejecución del contrato, los porcentajes de participación en el consorcio y/o el estado de ejecución del contrato al momento de la disolución del integrante del consorcio–ya que puede que, por ejemplo, este haya finiquitado la ejecución del componente que le correspondia antes de su muerte–, asi como la posibilidad que la misma norma contempla de continuar con la ejecución del contrato con el garante, solución que requiere acuerdo entre este y la entidad estatal[[35]](#footnote-35).

En conclusión, si bien, la causal de términación unilateral del numeral 2 del artículo 17, en principio, resulta aplicable a eventos en los que se presente la muerte o disolución de un contratista plural, su procedencia estará determinada por el respectivo estudio que realice la entidad estatal, en el que se establezca que dar por terminado el contrato es lo que corresponde para evitar que se vea afectado el interés público y la finalidad del contrato. De cualquier modo, conforme a lo considerado en el presente concepto, si la entidad decide terminar de manera unilateral el contrato, deberá proceder a realizar las respectivas indemnizaciones, compensaciones y reajustes a los que haya lugar en favor de los involucrados, como, por ejemplo, los demás integrantes del consorcio o los causababientes del integrante fallecido o acrredores de la sociedad en disolución.

**3. Respuesta**

“I. TEMA: LA DISOLUCIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA (SOCIEDAD) INTEGRANTE DE UN CONSORCIO CONTRATISTA Y Su INCIDENCIA EN LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONTINUAR LA EJECUCIÓN:

A. La disolución una sociedad (persona jurídica) integrante de un consorcio, configura o no una pérdida de su capacidad jurídica para contratar y por tanto para continuar con la ejecución del contrato, llevando a que se con figure una inhabilidad sobreviniente?

De acuerdo con lo expuesto, las inhabilidades e incompatibilidades restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, las personas naturales o jurídicas que incurren en los supuestos de hecho de las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en disposiciones en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así como en las demás normas constitucionales y legales que establecen este tipo prohibiciones, tienen restringida la posibilidad de participar en procesos de selección, celebrar o ejecutar contratos estatales.

 En ese sentido, teniendo en cuenta que la configuración de una inhabilidad puede presentarse de manera sobreviniente, ya sea respecto de un proponente que se encuentra participando en un proceso de selección, de alguien ha sido escogido como adjudicatario o incluso ya en el curso de la ejecución del contrato el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 establece como deben proceder las entidades estatales en estos casos.

 Por un lado, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un procedimiento de selección, se entiende que el proponente renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo, ello incluye, si se presenta de forma individual o como proponente plural, pues la ley no hace distinción alguna al respecto, tan sólo contempla la posibilidad de ceder su participación cuando ya se está en presencia de un contrato. En ese sentido, no habrá lugar a la adjudicación del proceso de selección a dicho proponente en caso de que dicha inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente se de en el término del cierre o evaluación de la oferta, pues el proponente no estaría habilitado para ser acreedor de ello y en virtud de dicho artículo se presume su renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo.

Por el contrario, en caso de contar con resolución de adjudicación, debe interpretarse en conjunto con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra dos reglas especiales en los que la norma da la posibilidad a una Entidad Estatal para que adjudique nuevamente el contrato al proponente calificado en segundo lugar, y esto es, cuando dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, el acto administrativo de adjudicación es revocado porque sobrevino una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales (como por ejemplo que el proponente estuviese inhabilitado y dicha situación no se hubiese informado o no pudo ser observada por la Entidad Estatal), caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dentro de los 15 días hábiles siguientes al acto administrativo que revocó el acto administrativo de revocatoria.

Por su parte, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevine en el contratista o un integrante del consocio o unión temporal que sea contratista, durante la ejecución del contrato, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 dispone la posibilidad de que este pueda ser cedido, sin embargo, cuando se trata de un integrante de un proponente plural inhabilitado o con incompatibilidad la norma permite que se podrá ceder su participación, sólo sí cuenta con la autorización escrita del contratante, con la restricción de que el cesionario no puede ser alguno de los demás integrantes del consorcio o la unión temporal.

 Sin perjuicio de lo anterior, para responder su consulta es necesario precisar que, lo dispuesto en el artículo 9 no resulta en principio aplicable a situaciones en las que se presenta la muerte del contratista persona natural o la disolución del contratista persona jurídica, ni tampoco cuando estos hechos los afectan en calidad de integrantes de un contratista plural. Esto por cuanto, ni la muerte de la persona natural ni la disolución de las persona jurídica son circunstancias que *per se* supongan la configuración de una inhabilidad o incompatibilidad.

 Si bien la muerte de la persona natural y la disolución de la persona jurídica son circunstancias que afectan la capacidad jurídica, esto se debe a que estos suponen la desaparición del mundo jurídico de las personas de las que se predica, de lo que se sigue la imposibilidad de obligarse para la suscripción de un contrato estatal. Caso distinto sucede con las inhabilidades e incompatibilidades, las cuales afectan la capacidad jurídica de personas que, a pesar de existir en el mundo jurídico, han incurrido en hecho o circunstancias que han sido tipificadas por el legislador como restricciones a la capacidad contractual. En ese sentido, ni la muerte del contratista persona natural, ni la disolución de la persona jurídica pueden ser equiparados a la configuración de inhabilidades o incompatibilidades, en tanto el régimen que desarrolla integran estas últimas restricciones está sometido a un criterio de interpretación restrictiva.

“[…] B. ¿Según los lineamientos de Colombia Compra eficiente, que actuaciones debe hacer una entidad frente a la disolución de una de las personas jurídicas integrantes de un consorcio contratista?”

II. TEMA: APLICACIÓN DE LA CAUSAL No. 2 DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 80 DE 1993. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR DISOLUCIÓN DE UNA PERSONA JURÍDICA (SOCIEDAD) INTEGRANTE DE UN CONSORCIO CONTRATISTA

A. ¿Los lineamientos vertidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, mediante Concepto 286 de 2022, sobre la posibilidad de terminación unilateral del contrato por disolución de una de las personas jurídicas integrante de un consorcio se mantiene vigente a hay algún cambio en los lineamientos sobre el tema?

B. Según los lineamientos de Colombia Compra Eficiente, es o no imperativo para una Entidad aplicar la causal #2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, cuando una de las sociedades integrantes de un consorciado contratista se encuentra en estado de disolución?

C. Es posible aplicar la causal #2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, cuando una de las sociedades integrantes de un consorciado contratista se encuentra en estado de disoluci6n, habiéndose reportado para interventoría un escenario de incumplimiento contractual con fines de multa y caducidad?”

De conformidad con lo anterior, la causal de terminación anticipada y unilateral del contrato estatal, prevista en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, procede en los casos de “[…] muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista”. Según lo expuesto, en principio, esta causal es aplicable en casos en los que se presenta la disolución de la persona jurídica integrante de un contratista plural, como es el caso de un consorcio.

 De acuerdo con la doctrina estudiada, puntualmente lo expuesto en el concepto C-286 de 2022, expedido por esta Agencia, esta posibilidad se sustenta en parte en la prohibición de que los demás miembros del consorcio realicen entre sí cesiones tendientes a remplazar al integrante disuelto. Además, la aplicabilidad de la causal se justifica en el carácter *intuito personae* del contrato estatal, el cual se vería afectado por la disolución de una de las personas que integran el contratista, circunstancia que puede proyectar sus efectos hacia la ejecución del contrato, comoquiera que el referido supuesto podría implicar la ausencia de una las personas encargadas de ejecutar algún componente importante del contrato.

 En todo caso, en atención a la finalidad de la potestad de terminación unilateral regulada por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la procedencia de la referida causal está determinada por el análisis de las circunstancias particulares del correspondiente contrato, el cual debe establecer si procede la terminación anticipada del contrato como una decisión tendiente a garantizar la prestación de servicios o evitar afectaciones al interés general. En ese sentido, la entidad estatal deberá entrar a considerar variables como, por ejemplo, las fases de ejecución del contrato, los porcentajes de participación en el consorcio y/o el estado de ejecución del contrato al momento de disolución del integrante del consorcio, así como la posibilidad de continuar la ejecución del contrato con el garante, cuestiones que podrían descartar la necesidad de dar por terminado el contrato.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón BallestasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general” [↑](#footnote-ref-1)
2. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico De La Contratación Estatal. Recuperado de https://xperta.legis.co, Capítulo VI Inhabilidades e Incompatibilidades, Sección 2 Interpretación Restrictiva. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

 [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibidem. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 80 de 1993: “Artículo 8: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

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

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

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

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

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

“f) Los servidores públicos.

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

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

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

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

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

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

“[…]

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

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

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

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

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

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

“f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”. [↑](#footnote-ref-12)
13. El Parágrafo 2º. del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 del 24 de febrero de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. La disposición era del siguiente tenor: “El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses.” [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia de la Corte Constitucional. C-221 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 8 de febrero de 1985, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 2.748. [↑](#footnote-ref-15)
16. MATALLANA CAMACHO, Ernesto, “Manual de contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993, Editorial: Universidad Externado de Colombia, 2015 – 4 edición, Bogotá, pág., 611. [↑](#footnote-ref-16)
17. El parágrafo del artículo 9, introducido por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, establece una regla especial para los casos en los que se presente de manera sobreviniente la inhabilidad tipificada en el literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, o cuando el contratista sea sancionado administrativamente por actos de corrupción, situaciones en las que correspondería a la Administración escoger al cesionario. De acuerdo con esto, en principio, cualquier inhabilidad sobreviniente que afecte al contratista se regiría por el inciso primero de la norma citada, que corresponde a la redacción inicial de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, el legislador buscaba un efecto distinto para los contratistas en los que se configurara la inhabilidad del artículo 8, literal j) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 o que fueran sancionados administrativamente por actos de corrupción, pues cuando se aplica la cesión unilateral no son procedentes la cesión bilateral del contrato ni la renuncia a la ejecución. [↑](#footnote-ref-17)
18. Aunque el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 no regula el tema de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, es necesario tener en cuenta que el artículo 9, inciso cuarto, de la Ley 1150 de 2007 establece que “[…] si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, [el acto de adjudicación] podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993” (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P.: César Hoyos Salazar, 17 de mayo de 2001, radicación número: 1346. [↑](#footnote-ref-19)
20. “En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica”. (Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell). [↑](#footnote-ref-20)
21. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 112. [↑](#footnote-ref-21)
22. “El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica”. Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Constitucional, sentencia C–949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-23)
24. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 190. [↑](#footnote-ref-24)
25. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993 [↑](#footnote-ref-25)
26. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 202 y 203. [↑](#footnote-ref-26)
27. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 9 de mayo de 2012. Exp. 20.968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Del perfeccionamiento del contrato estatal: “[…]

Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. […]”. [↑](#footnote-ref-28)
29. “[…] Se parte del hecho de que la escogencia del contratista comprende sus cualidades físicas y aptitudes para ejecutar aquello a lo que se ha comprometido, lo que hace lógica su inaplicación a las personas jurídicas, o al personal dispuesto por el contratista persona natural para la realización de las actividades propias del contrato. Entonces, ante la configuración de un caso de muerte del contratista, el contrato debe terminarse de forma unilateral, en vista de la evidente imposibilidad de hacerlo de mutuo acuerdo.

“Respecto de la incapacidad física permanente del contratista, la misma se constituye en una causal de terminación unilateral del contrato por las mismas razones determinadas para la muerte del colaborador de la administración.

“[E]n relación con la disolución de la persona jurídica contratista, su justificación como causal de terminación unilateral del contrato se hace evidente, toda vez que la misma, al comprender su desaparecimiento del mundo jurídico, equivale a la muerte de una persona natural […]”. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 207 a 210. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artículo 1008 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Exp: 56343. MP: Martin Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-31)
32. PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Primera edición, 2005, Universidad Externado de Colombia. pp. 354.

 [↑](#footnote-ref-32)
33. “Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevi­nientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la en­tidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

“Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un propo­nente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

“Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miem­bros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

“Parágrafo 1º. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contem­plada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrup­ción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto adminis­trativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

“Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato”. [↑](#footnote-ref-33)
34. PALACIO HINCAPIÉ, Juan A. La contratación de entidades estatales. Octava edición. 2020. Librería Jurídica Sánchez. pp 565-566. [↑](#footnote-ref-34)
35. PINO RICCI, Jorge. Op. Cit. pp. 355. [↑](#footnote-ref-35)