**CCE-DES-FM-17**

**INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación 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.

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».

**INHABILIDADES – Clasificación – Sanción – Proceso sancionatorio – Requisito – Condiciones personales**

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.

[…]

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

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

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*, 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.

**INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Sociedad de personas jurídicas – Aplicabilidad – Artículo 8 numeral 1 literal h)**

El supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente cobija a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad «que formalmente haya presentado propuesta». Para usar una máxima latina *Expressio unius est exclusio alterius*, y cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por personas naturales, pues los grados de parentesco solamente se predican de este tipo de personas. Luego, ante la presencia de una sociedad cuyos socios son personas jurídicas se torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8 numeral 1, literal h), no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente por personas jurídicas.

Dicho ello, se debe aclarar que la inhabilidad analizada no se extiende a las sociedades que están conformadas por personas jurídicas, aun cuando estas tengan como socio a una persona natural que se encuentra en alguno de los grados de parentesco prescritos en el literal h).

Bogotá D.C., **26/06/2020 Hora 12:52:29s**

**N° Radicado: 2202013000005477**

Señor

**Andrés Felipe Escobar**

Ciudad

**Concepto C ─ 402 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad / INHABILIDADES – Clasificación – Sanción – Proceso sancionatorio – Requisito – Condiciones personales / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Sociedad de personas jurídicas – No aplicabilidad del artículo 8 numeral 1 literal h)  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000004491 |

Estimado señor Escobar,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, 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, responde a su consulta, remitida el 3 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

En relación con la inhabilidad contenida en el literal h del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para «las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consaguinindad 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». Usted realiza la siguiente pregunta:

¿Se extiende la inhabilidad del artículo 8, numeral 1, literal h, a las sociedades cuyos socios son personas jurídicas en las cuales tiene participación una persona con parentesco en segundo grado de consaguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que haya presentado propuesta?

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicados números 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 de 2020, C ─ 007 de 2020, C ─ 011 de 2020, C ─ 085 de 2020, C ─ 090 de 2020, C ─ 125 de 2020, C ─ 157 de 2020, C ─ 239 de 2020, C ─ 246 de 2020 y C-273 de 2020 estudió la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, como límite a la capacidad contractual, así como los criterios de interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone y reitera a continuación.

**2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado**

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»[[1]](#footnote-1).

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[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

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)[[4]](#footnote-4).

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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6) 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 literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

**2.2. 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, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades 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*[[7]](#footnote-7), 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»[[8]](#footnote-8). 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»[[9]](#footnote-9). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[10]](#footnote-10).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[11]](#footnote-11).

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.

**2.3. La inhabilidad del literal h del numeral 1 del artículo 8 de 1993 y su interpretación restrictiva**

El literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece una inhabilidad para participar en procesos de contratación o suscribir contratos con entidades estatales para 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».

 La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de esta disposición y tuvo la oportunidad de explicar su contenido, así como el raciocinio del legislador en los siguientes términos:

La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. […] La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta. […]

[…]

La limitación legal - en este evento la inhabilidad-nulidad -, contiene una orden de abstención (prohibición), que recae sobre la persona o sociedad cerrada que en los términos de la ley tenga nexos con otra que previamente hubiere formalizado una propuesta en la misma licitación o concurso. La causa de la prohibición, se reitera, es la protección del interés general. La consecuencia que se deriva de incumplir el mandato legal, sin perjuicio de la que emana del Código Penal, es la de viciar con nulidad absoluta el vínculo contractual así conformado[[12]](#footnote-12).

 Esta inhabilidad, entonces, toma como base ciertas relaciones de consanguinidad o afinidad para limitar la capacidad de ciertos sujetos de derecho con el objetivo de preservar ciertos principios constitucionales y el interés general. No obstante, esta inhabilidad, como todas las demás contenidas en el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada, según se explicó, de manera restrictiva y no es posible hacer interpretaciones analógicas o finalistas con el objetivo de cobijar situaciones fáctico-jurídicos que no encuadran dentro del supuesto descrito en la norma.

Lo primero que debe resaltarse son los sujetos de derecho contemplados por esta inhabilidad, esto es, «las sociedades distintas de las anónimas abiertas». En virtud de la interpretación restrictiva, solamente se encuentran incluidas las sociedades, luego, ni personas naturales ni otro tipo de personas jurídicas se encuadran en este literal; además se hace expresa exclusión de las sociedades anónimas abiertas. Esta exclusión para algunas disposiciones del régimen de inhabilidades, lo ha dicho la Corte Constitucional en el análisis de una inhabilidad distinta, se relaciona con la imposibilidad de controlar «las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones»[[13]](#footnote-13).

De otra parte, es importante reseñar que el supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente incluye a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad «que formalmente haya presentado propuesta». Para usar una máxima latina: *Expressio unius est exclusio alterius,* es decir, cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por personas naturales, pues los grados de parentesco solamente se predican de este tipo de personas[[14]](#footnote-14). Luego, ante la presencia de una sociedad cuyos socios son personas jurídicas, se torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8 numeral 1 literal h) no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente por personas jurídicas.

Dicho ello, se debe aclarar que la inhabilidad analizada no se extiende a las sociedades que están conformadas por personas jurídicas, aun cuando estas tengan como socio a una persona natural que se encuentra en alguno de los grados de parentesco prescritos en el literal h).

Debe ponerse de presente que si se hiciera una interpretación teleológica y extensiva de la norma en comento se podría llegar a pensar que la inhabilidad debería extenderse a sociedades en el supuesto de hecho descrito, ya que de esa manera se garantizaría que no haya «la presencia de familiares en una misma licitación» que puede «seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos»[[15]](#footnote-15). Pese a ello, esta interpretación analógica y extensiva se opone a la necesidad de hacer una interpretación restrictiva de todas las inhabilidades y por lo mismo debe descartarse.

Adicionalmente, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el literal h) no hace mención alguna a personas naturales socios del grupo empresarial, matriz o subordinadas. Esto contrasta, a manera de ejemplo, con la inhabilidad contemplada por el literal j) del mismo numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, introducido por la Ley 2014 de 2019, en el cual con toda claridad se preceptúo: «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 […]». Si el legislador hubiese querido hacer extensiva la inhabilidad del literal h) al grupo empresarial, socios de socios, etc., hubiese establecido una disposición como la del literal j), cosa que no sucedió.

 Para cerrar este argumento es importante reconocer que para el momento de expedición de la Ley 80 de 1993 aún no se había expedido la norma vigente en materia de grupos empresariales, la Ley 222 de 1995. No obstante, para 1993 sí se encontraban vigentes los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio sobre subordinación, a los cuales hubiese podido acudir el legislador si su intención hubiese sido limitar la capacidad de las sociedades con capital de personas jurídicas cuyos socios, personas naturales, se encontraran en el supuesto de hecho del literal h).

Además, debe ponerse de presente que el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio expresamente indica que la «sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». Adicionalmente, según lo ha reseñado la Superintendencia de Sociedades para los grupos económicos «Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias»[[16]](#footnote-16). Por lo mismo, ni desde una perspectiva pura de derecho administrativo, ni desde una perspectiva de derecho privado, puede extenderse la inhabilidad del literal h) de una sociedad a sus subordinadas o a otras sociedades en las cuales tenga algún grado de participación.

1. **Respuestas**

¿Se extiende la inhabilidad del artículo 8 numeral 1 literal h a las sociedades cuyos socios son personas jurídicas en las cuales tiene participación una persona con parentesco en segundo grado de consaguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que haya presentado propuesta?

El supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente cubre a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad «que formalmente haya presentado propuesta». Para usar una máxima latina: *Expressio unius est exclusio alterius,* es decir que cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por personas naturales, pues los grados de parentesco solamente se predican de este tipo de personas[[17]](#footnote-17). Luego, ante la presencia de una sociedad cuyos socios son personas jurídicas se torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8, numeral 1, literal h), no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente por personas jurídicas.

Dicho ello, se debe aclarar que la inhabilidad analizada no se extiende a las sociedades que están conformadas por personas jurídicas, aun cuando estas tengan como socio a una persona natural que se encuentra en alguno de los grados de parentesco prescritos en el literal h).

Además, debe ponerse de presente que el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio expresamente indica que la «sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». Adicionalmente, según lo ha reseñado la Superintendencia de Sociedades para los grupos económicos «Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias»[[18]](#footnote-18). Por lo mismo, ni desde una perspectiva pura de derecho administrativo, ni desde una perspectiva de derecho privado, puede extenderse la inhabilidad del literal h), de una sociedad a sus subordinadas o a otras sociedades en las cuales tenga algún grado de participación.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. 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-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 de 2009. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. [↑](#footnote-ref-13)
14. Código Civil: «Artículo 35. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre». [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-15)
16. Superintendencia de Sociedades. Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\_ivc/CartillasyGuias/Guia\_Practica\_RegimenMatricesySubordinadas.pdf recuperado el 9 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-16)
17. Código Civil: «Artículo 35. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre». [↑](#footnote-ref-17)
18. Superintendencia de Sociedades. Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\_ivc/CartillasyGuias/Guia\_Practica\_RegimenMatricesySubordinadas.pdf recuperado el 9 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-18)