**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Limitación territorial - Decreto 1860 de 2021**

[…] lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a MiPymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 Ibidem, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las MiPymes colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”. No es procedente, entonces, que sean las MiPymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a MiPymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “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 […].

**INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual**

[…] 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”. La consagración limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. […]

**INHABILIDADES – Relación de parentesco – Vínculo natural – Personas naturales**

[…] El literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina que son inhábiles para participar en procesos de contratación o suscribir contratos con entidades estatales “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”.

La citada inhabilidad tiene fundamento en las relaciones familiares o de parentesco, tales como los cónyuges o compañeros permanentes, así como aquellas personas respecto de las que se predican relaciones de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado. Esa circunstancia implica que esa causal de inhabilidad se instituyó, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad en la participación en procesos de contratación de las denominadas personas naturales, esto es, sujetos de derechos y obligaciones de la especie humana unidos entre si ya sea por vínculos naturales o jurídicos. […]

**PARENTESCO – Clasificación – Consanguinidad – Afinidad – Grados**

[…] De otra parte y con relación al parentesco, conforme al Código Civil, este se clasifica en parentesco de consanguinidad o parentesco de afinidad. El parentesco de consanguinidad corresponde a la “[…] relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”. El parentesco de afinidad se refiere a la relación surgida entre una persona y los consanguíneos de su esposo, esposa o compañeros permanentes, según el caso. Es preciso señalar que la Corte Constitucional si bien declaró la inexequibilidad del parentesco de afinidad ilegítima, reconoció la vigencia de la denominada afinidad extramatrimonial.

En cuanto a los grados del parentesco se refiere, ya sea de consanguinidad o de afinidad, estos se cuentan en consideración al número de generaciones existentes entre las personas. De esta manera, esta causal de inhabilidad se configura, por ejemplo, respecto de los hermanos, abuelos y nietos, quienes se encuentran en el segundo grado de consanguinidad. Mientras que, en segundo grado de afinidad están los hermanos (cuñados), abuelos y nietos del cónyuge o compañero(a) permanente. […]

Bogotá D.C., 17 de septiembre del 2024



Señor(a)

**Anónimo**

castanedanidya8@gmail.com

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-437 de 2024** |
| **Temas:**  | CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYME – Limitación territorial - Decreto 1860 de 2021 / INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual / INHABILIDADES – Relación de parentesco – Vínculo natural – Personas naturales / PARENTESCO – Clasificación – Consanguinidad – Afinidad – Grados |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240802007968  |

Estimado solicitante;

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 02 de agosto del 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“[…] En los procesos de limitación a MiPymes Municipal, pueden 2 hermanos solicitar dicha limitación, aún cuando existan otras empresas que cumplen con esta condición, o se estaría incurriendo en una inhabilidad, en el entendido que lo que buscan es favorecerse del proceso?

En que falta estaría incurriendo la Entidad que conoce dicha condición del grado de consanguinidad y decide omitirla, con la excusa que no son competencia para decidir sobre el mismo, aún conociendo la familiaridad de los solicitantes […]”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i) ¿Pueden dos (2) hermanos solicitar la limitación de una convocatoria a MiPymes a nivel territorial?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Conforme lo establecido en los artículos 12 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, es jurídicamente viable que dos hermanos soliciten limitar una convocatoria a MiPymes a nivel territorial. No obstante, la decisión de limitar o no territorialmente la convocatoria corresponderá a la Entidad contratante, esto en el entendido que se trata de una facultad discrecional, y esta última será la encargada de valorar si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario señalar que si bien la solicitud de limitación podrá efectuarse por dos (2) hermanos, lo cierto es que las propuestas que sean presentadas dentro del proceso deben estar exentas de generarse alguna de las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que para el caso de consanguinidad, el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es claro en establecer que no podrán celebrar contratos estatales, ni participar en procesos de contratación quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado una propuesta. En ese sentido, la Entidad, en el ejercicio de su potestad verificadora, descalificará las ofertas de los proponentes que se encuentren afectados por dichas inhabilidades. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Respecto a las convocatorias limitadas a MiPymes, debe señalarse que, el 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, “Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”. En cuanto a su contenido, como dispone el artículo 1, aquella “tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad”. Lo anterior a partir de “[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región”. En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –MiPymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. De igual forma, en la citada Ley se consagró mecanismos para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén para ello medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.
* Como se indicó, parte de la Ley 2069 de 2020 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con las convocatorias limitadas a MiPymes, a continuación de se estudiará el contenido y alcance del artículo 34.
* El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 *modificó* el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la promoción del desarrollo en la contratación pública, cambiando los requisitos esenciales para que procedan las convocatorias limitadas a MiPymes, de la siguiente forma: i) estableció que estas deben desarrollarse independientemente del régimen de contratación de la Entidad Estatal –es decir, también deben efectuarlas las Entidades Estatales exceptuadas del EGCAP o que se rigen por derecho privado–; ii) señaló que los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos también son destinatarios de esta exigencia; y, iii) indicó que para que pueda haber convocatorias limitadas a MiPymes, dos (2) de ellas deben manifestar su interés.
* Según se evidencia, el numeral primero del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 limita cuantitativamente los procesos contractuales para las convocatorias limitadas a Mipyme, puesto que el valor del proceso de contratación debe ser “menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”. Esto de acuerdo con la tasa que determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Por su parte, el numeral segundo establece que al menos dos (2) MiPymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Asimismo, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar la Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Por lo demás, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipyme, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.
* En relación con las limitaciones territoriales de las convocatorias a Mipyme, a la luz del antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia –en los Conceptos 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020 y C-700 de 1 de diciembre de 2020– había sostenido que, para que se permitiera la participación de una Mipyme en uno de estos procesos, era necesario que esta demostrara estar domiciliada en el municipio o departamento en el que se ejecutaría el contrato.
* La postura sostenida por esta Agencia en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no contemplaba la posibilidad de que una Mipyme domiciliada en un departamento o municipio diferentes al lugar de ejecución del contrato, en atención al cual se realiza la limitación territorial, participara en un proceso de selección por el hecho de tener una sucursal en este, puesto que lo relevante es el domicilio de la Mipyme. Ahora bien, el texto del actual artículo 2.2.1.2.4.2.3, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, no cambia la tesis adoptada en conceptos anteriores de Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en la medida en que, respecto al domicilio de las Mipyme en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no tuvo cambios.
* La norma reglamentaria coincide con la redacción del parágrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, “En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las MiPymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato”. En tales términos, la norma citada solo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a MiPymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.
* En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme nacional. Además, las normas de contratación permiten que las Mipyme nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”.
* Por otro lado, no puede perderse de vista que la decisión de limitar “a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato”, aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del precitado artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la Entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme, no puede *motu proprio* proceder con la “limitación territorial” de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la “limitación a MiPymes colombianas”, lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.
* Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibídem*, la Entidad Estatal, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden ─sin estar obligadas─ decidir si limitan la convocatoria a las Mipyme colombianas domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato. Esto de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 1860 de 2021, norma que se refiere a la facultad de la administración con el verbo infinitivo “poder”, no “deber”.
* En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a MiPymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibídem*, pues esta es facultativa para la Entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”[[1]](#footnote-2). No es procedente, entonces, que sean las MiPymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.
* El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a MiPymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.
* En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a MiPymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la Entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla[[2]](#footnote-3). Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “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 cada caso concreto, las consecuencias del incumplimiento de este deber serán analizadas por el juez del contrato previo ejercicio del derecho de acción, bajo en el entendido que la falsa de motivación es uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos –art. 137, inc. 2, de la Ley 1437 de 2011–.
* De otro lado, es necesario hacer alusión al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, en este sentido, ha de precisarse que 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”.
* Así las cosas, 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.
* Dicho lo anterior, conviene 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.
* A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; 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.
* En línea con lo expuesto, 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 la Constitución –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 seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.
* En lo que respecta a inhabilidades por consanguinidad resulta a bien señalar que el literal g) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina que son inhábiles para participar en Procesos de Contratación o suscribir contratos con Entidades Estatales “Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quiénes 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”. Similar prohibición, se encuentra en el literal h) del numeral 1 ibidem, cuando la participación simultánea en el proceso es de sociedades, distintas a las sociedades anónimas abiertas.
* Dichas inhabilidades tienen fundamento en las relaciones familiares o de parentesco, tales como los cónyuges o compañeros permanentes, así como aquellas personas respecto de las cuales se predican relaciones de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado. Esto implica que las referidas causales de inhabilidad se instituyen, única y exclusivamente, con el propósito de limitar la capacidad en la participación en Procesos de Contratación de las denominadas personas naturales[[3]](#footnote-4), esto es, sujetos de derechos y obligaciones de la especie humana unidos entre sí, ya sea por vínculos naturales o jurídicos[[4]](#footnote-5).
* En cuanto a los grados del parentesco, ya sea de consanguinidad o de afinidad[[5]](#footnote-6), estos se cuentan en consideración al número de generaciones existentes entre las personas. De esta manera, esta causal de inhabilidad se configura, por ejemplo, respecto de los hermanos, abuelos y nietos, quienes se encuentran en el segundo grado de consanguinidad. Mientras que, en segundo grado de afinidad están los hermanos (cuñados), abuelos y nietos del cónyuge o compañero(a) permanente.
* La Corte Constitucional justifica estas inhabilidades en la medida que garantizan la competencia en igualdad de oportunidades para los proponentes que participan en los Procesos de Contratación, así como la selección objetiva del contratista que se traduce en la obtención de mejores condiciones en la celebración del negocio jurídico propuesto por la Entidad Estatal contratante, materializándose los fines de la contratación estatal, especialmente, la satisfacción del interés general. *Contrario sensu*, en virtud de la lealtad e intimidad propias de las relaciones familiares, la participación en Procesos de Contratación de personas unidas por vínculos familiares frustran la igualdad de oportunidades entre los participantes, así como la obtención de mejores condiciones de contratación para el Estado, pues los miembros de una misma familia pueden concertar entre sí con el propósito de hacerse al contrato y obtener un provecho económico, en perjuicio tanto de los demás participantes como del Estado, y en contravía de los principios que rigen la contratación pública y la función administrativa, especialmente, los de transparencia y moralidad.
* Finalmente, resulta a lugar señalar que para acreditar que los proponentes no se encuentran incursos en inhabilidades, es válido que las Entidades Estatales, al adelantar procesos de selección, exijan a los proponentes, declaraciones en las que, bajo la gravedad de juramento, manifiesten no estar incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Ello ciertamente corresponde una forma viable para demostrar el hecho al que se refiere, al ser el juramento un medio de prueba válido a la luz de las normas procesales[[6]](#footnote-7). La negación en la que consiste tal declaración, siempre que sea formulada de forma fidedigna o general, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o aludiendo específicamente a los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cobijan el supuesto de hecho al que se refiere dicha norma. En ese sentido, el proponente mediante tal declaración acredita no estar incurso en las inhabilidades bajo estudio.
* No obstante, tal declaración no exime a la Entidad Estatal del deber de ejercer la potestad verificadora que le compete, respecto de la acreditación de la capacidad jurídica, en lo atinente a las inhabilidades del literal g) del numeral 1 del artículo 8 *ibidem,* cuando en el marco de la evaluación de las propuestas, se tienen dudas en relación con la configuración de dicha inhabilidad. En ese sentido, en primer lugar, si en el marco de la evaluación de ofertas, antes de la publicación del respectivo informe, la Entidad Estatal tiene conocimiento de circunstancias que le indiquen la eventual configuración de la respectiva inhabilidad, tiene posibilidad de solicitar a los proponentes el esclarecimiento de dicha circunstancia, exigiendo las explicaciones y aclaraciones que sean procedentes.
* En ese contexto, como se indicó precedentemente, al ser la capacidad jurídica un requisito habilitante, ante la ausencia de claridad en su acreditación, procede la regla de subsanabilidad prevista en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Conforme a esta, hasta el término de traslado del informe de evaluación, la Entidad Estatal tiene la posibilidad de solicitar a los proponentes los medios de prueba necesarios para verificar la configuración o no de las circunstancias y condiciones sancionadas con la inhabilidad, que confirmen o desvirtúen la negación indefinida hecha bajo la gravedad de juramento relativa a no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades.
* Sin perjuicio de lo anterior, también es posible que la configuración de la inhabilidad se evidencie en un estado más avanzado del proceso de selección, lo cual tampoco obsta para que la Entidad Estatal ejerza su potestad verificadora y descalifique la oferta del proponente afectado por la inhabilidad. Ello puede suceder si, por ejemplo, en el marco de las observaciones al informe de evaluación algún proponente pone de presente la configuración de la inhabilidad, suministrando información o documentación que así lo indique. En este caso, la entidad también debe verificar la configuración de la inhabilidad.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Decreto 1860 de 2021, numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.2. artículos, 2.2.1.2.4.2.3 2.2.1.2.4.2.4. Ley 1150 de 2007 artículo 12.
* Ley 80 de 1993, literal g), numeral 1, Artículo 8.
* Ley 1150 de 2007, parágrafo 1, Artículo 5.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre las limitaciones territoriales de convocatorias a MiPymes, esta Subdirección se ha pronunciado en los conceptos Nro. C-705 de 7 de diciembre de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-438 de 27 de septiembre de 2021, C- 041 del 2 de marzo de 2022 y C-460 del 18 de julio de 2022, C-523 del 16 de agosto de 2022, C- 539 del 29 de agosto de 2022, C-585 del 19 de septiembre de 2022, C-587 del 21 de septiembre de 2022, C-597 del 9 de septiembre de 2022, C-627 del 12 de septiembre de 2022, C-643 del 10 de octubre de 2022, C-662 del 13 de octubre de 2022, C-699 del 25 de octubre de 2022, C-744 del 08 de noviembre de 2022 y C-758 del 10 de noviembre de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C -094 del 19 de junio de 2024 y C-253 del 15 de agosto del 2024. Igualmente se ha analizado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los conceptos Nro. Conceptos C-035 del 24 de abril de 2024, C-067 del 16 de mayo de 2024, C-041 del 29 de mayo de 2024, C-078 del 04 de junio de 2024, C-193 del 19 de julio de 2024, C-271 del 25 de julio de 2024, C-108 de 06 de agosto de 2024 y C-332 del 27 de agosto del 2024, entre otros.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cana.ortizb%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916488011%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=in4o%2Be0khWNMSHjVv27rZM0qcYLJmM4DxpEWjOE8yIU%3D&reserved=0) .

Te invitamos también a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Cana.ortizb%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916501665%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=Xt5KL%2F0GJYkS2i6TTfJyLtz9Ein9fwrAQ39aJDBwY5o%3D&reserved=0) "

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ana María Ortiz BallesterosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Al respecto, de acuerdo con el Concepto C-089 del 28 de abril de 2023, la Agencia estima que “el debido ejercicio de la referida potestad discrecional exige que converjan unos mínimos presupuestos de adecuación, para que resulte adecuada la decisión de limitar una convocatoria a la participación exclusiva de MiPymes. Es por esto por lo que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria solo puede resultar razonable si la información recolectada en el marco del análisis del sector indica que en el lugar de ejecución del contrato existe un número significativo de MiPymes allí domiciliadas, cuyo objeto social les permitiría desarrollar el contrato o que estén interesadas en participar en el respectivo proceso de contratación. Adicionalmente, se torna relevante determinar que tantas de esas MiPymes tendrían la posibilidad de participar en el respectivo proceso de contratación en consideración en atención a las aptitudes e idoneidad requerida. De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de MiPymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.

En atención a lo anterior, situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a MiPymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica”. [↑](#footnote-ref-2)
2. La doctrina explica que “[…] la discrecionalidad hace referencia a una decisión o disposición administrativa adoptada dentro un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico (es decir, hay varias soluciones válidas en Derecho, entre las que la administración puede elegir libremente, aunque justificando su decisión). Cualquiera de las soluciones adoptadas dentro del ámbito de legítima discrecionalidad son igualmente admisibles en Derecho, y todas ellas tienen el mismo valor jurídico. Siempre que no desborde el ámbito de discrecionalidad, la Administración puede decidir utilizando criterios de conveniencia u oportunidad (por lo que la discrecionalidad es la puerta de entrada en la pirámide del ordenamiento de consideraciones de política administrativa o de carácter metajurídico)” (BLANQUER, David. Derecho administrativo: el fin, los medios y el control. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 191). [↑](#footnote-ref-3)
3. Código Civil: “Artículo 33. Palabras relacionadas con las personas. La palabra persona en su sentido general se aplica(rá) a la especie humana, sin distinción de sexo”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Constitución Política de Colombia: “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Código Civil: “Artículo 37. Grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”.

[…]

“Artículo 47. Afinidad legítima. […] La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo […]”. [↑](#footnote-ref-6)
6. En el marco del procedimiento administrativo general, previsto en los artículos 34 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 40 de dicha norma señala que: “Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”. Al respecto, la Ley 1564 de 2012, que subrogó el Código de Procedimiento Civil adoptando el Código General del Proceso, señala en su artículo 165 que: “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

Es posible acudir a las disposiciones anteriores en relación con los procedimientos administrativos de selección, en virtud de la remisión que realiza el artículo 77 de la Ley 80 de 1993: “**Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas.** En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.  [↑](#footnote-ref-7)