



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2113 de 2012 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO
CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2012-00060-00

Número interno: 2113

Referencia: INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO POR INTERÉS PROPIO O PARENTESCO. INAPLICABILIDAD A CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre el alcance de la inhabilidad para contratar con el Estado prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993.

1. ANTECEDENTES:

El organismo consultante señala como antecedentes de la consulta lo siguiente:

1. Es recurrente que los servidores públicos de nivel directivo de las entidades estatales, en especial los Ministros, participen por obligación legal o estatutaria en un número importante de juntas directivas de entidades públicas; a su vez, es común que los familiares de dichos funcionarios participen del capital o tengan cargos directivos en personas jurídicas de derecho privado que proveen bienes y servicios al Estado y que en tal sentido son contratistas actuales o potenciales del mismo.

2. El literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993 establece que no podrán contratar con el Estado las personas jurídicas en las que el servidor público del nivel directivo, o su cónyuge, o compañero o parientes hasta el 2º grado de consanguinidad, afinidad o civil, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo.

3. Según el organismo consultante, una interpretación estricta o "formalista" de la inhabilidad señalada en el numeral anterior, bajo la cual dicha inhabilidad debe ser aplicada (i) por el Ministerio o entidad estatal a la que pertenece el funcionario directivo y (ii) por todas aquellas otras entidades públicas en las que dicho servidor forma parte de sus juntas directivas por obligación legal o estatutaria, generaría un efecto multiplicador de la inhabilidad que haría imposible que muchas entidades del Estado celebraran contratos con empresas privadas en cuyas

juntas directivas o capital participan familiares de servidores públicos del nivel directivo. Según el organismo consultante, tal entendimiento, resultaría desproporcional e implicaría que “un sin número de personas jurídicas se encontrarían incursas en situación de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos con entidades del estatales”.

4. Dada esta situación, que el organismo consultante considera inconveniente y contraria al efecto útil de la norma, se plantea a la Sala la posibilidad de interpretar que en las siguientes hipótesis no se aplica la inhabilidad por interés propio o por parentesco antes señalada, de manera que la entidad estatal podría contratar con empresas en cuyas juntas directivas o capital social participan familiares de servidores públicos del nivel directivo de la misma:

4.1 Cuando el Ministro o servidor público directivo se declara impedido para conocer cualquier asunto relacionado con los eventuales contratos en que puedan tener interés empresas propias o de sus familiares o en las que éstos ocupen cargos directivos. Según la consulta, la aceptación del impedimento garantizaría la transparencia, imparcialidad y objetividad que persigue la ley 80 de 1993, pues se evitaría “un favorecimiento indebido durante el desarrollo de la gestión contractual”. En este caso, desaparecería la inhabilidad para contratar con la entidad de la cual forma parte el servidor público, así como con todas aquellas otras en las cuales dicho servidor es parte de su junta o consejo directivo.

4.2 Los contratos interadministrativos. En este caso, dice la consulta, se trata de actos jurídicos cuyo propósito fundamental es concretar la colaboración armónica entre las ramas del poder público, en los cuales, por consiguiente, no se presenta la intervención de intereses privados que puedan verse indebidamente favorecidos con la actividad contractual. Así que, “se evidencia que la finalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades resultaría inocua e inaplicable respecto de dicha modalidad contractual, por cuanto no se aprecia la existencia de eventuales riesgos que puedan afectar la moralidad administrativa”.

4.3 Los contratos relativos a bienes o servicios ofrecidos bajo condiciones uniformes o estandarizadas. La inaplicación de la inhabilidad analizada en este caso se apoyaría fundamentalmente, según la consulta, en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual las inhabilidades e incompatibilidades para contratar no se aplican a las personas que contraten para usar bienes o servicios que las entidades estatales ofrezcan en condiciones uniformes a quienes los soliciten.

Con base en lo anterior, se formulan a la Sala las siguientes PREGUNTAS:

1. *¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica a la persona jurídica contratista lo dispuesto en el literal d) del ordinal 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, cuando el servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo le ha sido aceptado un impedimento para contratar con las personas jurídicas señaladas en dicha norma y, como consecuencia, dicho servidor público se abstiene de actuar en la gestión contractual con tales personas jurídicas?*

1.1. *¿Debe entenderse que el impedimento declarado a un servidor público cubre no solamente las decisiones o actuaciones respecto de la entidad estatal en la que labora, sino que también se extiende a aquellas en las que sea miembro de junta o consejo directivo? En caso de que la respuesta a este interrogante sea afirmativa:*

1.2. *Con el fin de darle un efecto útil a la norma, ¿se debe entender que la excepción del párrafo primero del artículo 8 de la ley 80 de 1993, aplica para la entidad contratante y no para el contratista?*

2. *¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica lo dispuesto en el literal (d) del ordinal 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 cuando, tanto la entidad contratante como la contratista, ostentan naturaleza estatal? En caso que la respuesta a este interrogante sea afirmativa:*

2.1. *¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad, en caso de que el servidor público que se desempeña como miembro de junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante sea cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil, de una persona que se desempeña un cargo de dirección o manejo o tenga participación en la entidad estatal contratista?*

2.2. *¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad en caso de que los miembros de junta o consejo directivo de dos entidades estatales sean particulares?*

3. *¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica lo dispuesto en el literal (d) del ordinal 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 cuando el objeto del contrato a celebrarse involucra servicios u operaciones estandarizadas bajo condiciones uniformes?*

2. CONSIDERACIONES:

Con el fin de absolver la presente consulta, la Sala revisará, en su orden, los siguientes aspectos: (i) el contenido normativo y alcance de la inhabilidad para contratar prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993; (ii) la posibilidad de entender que dicha inhabilidad no se aplica cuando el servidor público directivo se declara impedido para intervenir en asuntos contractuales de empresas propias o familiares; (iii) la aplicación de la inhabilidad cuando se trata de contratos interadministrativos; y (iv) la aplicación de la inhabilidad en contratos de condiciones uniformes.

A. LA INHABILIDAD PARA CONTRATAR PREVISTA EN EL LITERAL d) DEL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 80 DE 1993.

El literal d) del numeral 2º del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que da origen a esta consulta, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 8º. De las Inhabilidades e incompatibilidades para contratar. (...) 2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos¹ 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 sólo 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 directivos, 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) Adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011. 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 público².

PARÁGRAFO 1°. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo (...). (Negrilla fuera del texto).

Según se puede observar, la inhabilidad establecida en el literal d) está compuesta de varios elementos:

(i) Su ámbito de aplicación:

Se desprende del encabezado del numeral 2º, que señala que no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos con la “respectiva entidad”. De esta expresión se deduce que no se trata de inhabilidades generales para contratar con todo el Estado por el hecho de tener un familiar trabajando para él, sino de inhabilidades particulares referidas a la entidad estatal que obra como contratante y en relación con la cual se dan las condiciones que generan el respectivo impedimento. Cuestión diferente será que, como en el caso consultado, la participación de un servidor público en juntas directivas de diversas entidades estatales determine que la inhabilidad por interés propio o parentesco se deba aplicar por todas ellas, según se revisa enseguida.

(ii) Las personas inhabilitadas para contratar con la “respectiva entidad estatal”:

Según el literal d) analizado, se encuentran inhabilitadas para contratar con la respectiva entidad, las corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas, así como sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas, salvo las sociedades anónimas abiertas, cuando quiera que respecto de ellas se presente el hecho que activa la inhabilidad.

Como se puede observar esta inhabilidad es complementaria de la prevista en los literales b3 y c4 del mismo numeral segundo arriba transcrito, los cuales también inhabilitan para contratar a las personas naturales que tienen los referidos vínculos legales, de parentesco o de afinidad con los servidores públicos de nivel directivo, asesor o ejecutivo, o con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante.

(iii) El hecho que origina la inhabilidad

De acuerdo con la norma objeto de revisión, no podrán contratar con la respectiva entidad las personas jurídicas antes anotadas en las que el servidor público del nivel directivo, o su cónyuge, o compañero o parientes hasta el 2º grado de consanguinidad, afinidad o civil, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo.

Dicho de otro modo, las empresas o asociaciones cuyos socios o directivos o los familiares de estos son designados en cargos directivos del Estado, ven restringida su capacidad negocial en cuanto no podrán celebrar contratos con la entidad en la cual dichas personas ejercen el cargo. En el caso de que el servidor público directivo, como sucede con algunos Ministros, deba participar en juntas o consejos directivos de otras entidades estatales, la inhabilidad para contratar se aplicará también en éstas, como lo señala expresamente el literal d) que se analiza.

Al respecto hay que recordar que este tipo de inhabilidades para contratar con el Estado, si bien constituyen una limitación a la libertad negocial de las personas, tienen su apoyo en razones constitucionalmente válidas orientadas a *prevenir* la indebida utilización de los factores de poder para beneficio individual:

determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en "...circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal..." y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociales, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en intereses superiores.

(...)

La inhabilidad, sea que se adopte como criterio que identifica su noción el de la restricción a la autonomía o libertad de contratación, legitimación para actuar u obrar, ora el de la incapacidad particular, lo cierto es que el supuesto en que consiste la misma no permite acceder al proceso de selección o celebrar el contrato, por circunstancias éticas y morales o de imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia."5 (Se resalta)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que las inhabilidades para contratar con el Estado tienen fundamento ético y atienden razones de eficacia, transparencia e imparcialidad, que justifican constitucionalmente la restricción impuesta por el legislador a la libertad de contratación de algunas personas:

"Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello, que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato.

"En este orden de ideas, la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación."6 (Se resalta).

En síntesis, si un servidor público directivo o un miembro de junta directiva de una entidad estatal, o su cónyuge o familiares (en los grados señalados en la norma) tienen empresas o asociaciones o las dirigen, tales organizaciones no podrán celebrar contratos con la entidad o entidades a las cuales dicho funcionario directivo presta sus servicios o forma parte sus juntas o consejos directivos.

(iv) Una excepción a la aplicación de la inhabilidad

Según el párrafo 1 del mismo artículo 8 de la ley 80, la inhabilidad analizada no se aplica cuando el ejercicio de cargos de dirección o manejo por parte del servidor público directivo en los potenciales contratistas, no es consecuencia de una situación personal y privada, sino de una obligación legal o estatutaria, es decir, cuando dicho servidor en ningún caso representa intereses propios y particulares, sino solamente los de la entidad estatal de la cual forma parte.

(v) El sentido y fines de la inhabilidad

Como se puede observar, la inhabilidad consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993, tiene por objeto garantizar transparencia, imparcialidad e igualdad en la contratación administrativa.

Transparencia en cuanto a que para la sociedad en general no exista ninguna sospecha o manto de duda de que sólo el interés general preside las decisiones contractuales de la entidad y no hay intención alguna de favorecimiento a ciertas personas o sociedades por los vínculos que tienen con los directivos de la entidad. Objetividad, en la medida que razones de interés patrimonial y de afecto familiar no sean determinantes de las decisiones contractuales de la entidad estatal, sino que éstas obedezcan objetivamente al interés general de obtención de la mejor propuesta para la entidad, sin consideración a ninguna razón subjetiva o personal. Igualdad, en la medida que ninguno de los proponentes esté en una mejor posición frente a los demás, por el hecho de que en su patrimonio o administración participan funcionarios directivos de la entidad contratante o sus familiares, que pueden interceder a su favor o tener acceso a información privilegiada.

La naturaleza *preventiva* de la inhabilidad⁷ está dirigida a evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso.

Este tipo de inhabilidades por interés propio o por parentesco están basadas, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en la inclinación natural de toda persona de favorecer sus propios intereses y solidarizarse con las personas que forman parte de su núcleo familiar, lo cual, si bien es entendible en el ámbito privado, resulta incompatible en el gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general, la imparcialidad y la transparencia. Así, en sentencia C-429 de 1997, al declarar la exequibilidad de la inhabilidad prevista en el literal b) del mismo numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (*imposibilidad de celebrar contratos estatales con el cónyuge o familiares de los servidores de nivel directivo*), la Corte Constitucional señaló:

“7- Para lograr esa transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. La Corte encuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular.”(Se resalta)

No se asume la mala fe ni se presume que el servidor público actuará en contra de la ley; no obstante, a partir de la realidad propia de las relaciones humanas y sociales, el legislador adopta *medidas preventivas* para evitar que factores distintos al interés general puedan afectar la toma de decisiones contractuales en las entidades estatales:

“8. En ese orden de ideas, al tomar en consideración la influencia de ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales (CP art. 126), está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública.”⁸

En este mismo sentido se pronunció también la Corte Constitucional al referirse a la prohibición legal de que personas vinculadas por parentesco se presenten como oferentes distintos en una licitación (literales g y h del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993)⁹. Las mismas razones de lealtad y solidaridad que permiten adoptar medidas de protección al núcleo familiar, dice dicho Tribunal, legitiman la adopción de medidas legislativas dirigidas a evitar que esos vínculos legales o de parentesco faciliten la colisión y el favorecimiento en la contratación estatal:

“La posición del Legislador a este respecto no es en modo alguno peregrina. El Constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad. En efecto, el artículo 33 de la CP prohíbe que se obligue a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares próximos. No puede, por ello, reprocharse al Legislador que en atención al consabido sentimiento de lealtad familiar, consagre una inhabilidad con el objeto de prevenir que, sin motivo alguno digno de protección, pueda la familia a través de sus miembros perjudicar eventualmente al Estado o

A las anteriores razones que justifican la restricción legal, se suma el designio patrocinado por el mismo Constituyente (CP arts. 126, 179 - 5 y 6 y 292), de poner término al fenómeno del nepotismo que lastima el primado de la igualdad de oportunidades y de acceso al servicio público en todas sus múltiples manifestaciones. Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley puede y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su eliminación está comprometida la misma Carta Política.”¹⁰

Ciertamente, como señala el organismo consultante, la inhabilidad por parentesco o interés propio que se analiza, reduce el número de personas habilitadas para contratar con ciertas entidades del Estado; pero la ponderación entre esa dificultad y las necesidades de transparencia e imparcialidad en la contratación pública, ya fue hecha por el legislador en la norma que se revisa, dándole mayor peso a lo segundo sobre lo primero.

Por tanto, la inhabilidad en cuestión constituye un límite razonable y necesario para el ejercicio transparente de la gestión pública que, además, como ha señalado la jurisprudencia, no desconoce el derecho a la igualdad de aquéllas personas naturales y jurídicas que por virtud de dicha inhabilidad ven restringida su capacidad contractual:

“12- Los anteriores argumentos son también suficientes para desestimar el cargo de la demanda, según el cual la norma acusada desconoce la igualdad, en la medida en que, según su criterio, discrimina a un grupo de personas al impedirles, de manera mecánica, trabar relaciones contractuales con el Estado. En efecto, como se mostró anteriormente, esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia. En ese orden de ideas, la Corte recuerda que la consagración constitucional del valor de la igualdad (en el Preámbulo) y del principio de la igualdad (art. 13) orientan y conducen el proceso de aplicación y creación de todo el derecho, el cual se materializa en el proceso de contratación pública en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica una diferencia. En consecuencia, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial. La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas.” 11 (Se resalta)

En consecuencia, el efecto útil de la norma no puede orientarse a reducir los ámbitos de aplicación de la inhabilidad, invirtiendo la ponderación hecha por el legislador. Una cosa es el carácter restrictivo de las inhabilidades y otra muy diferente su anulación o inaplicación por vía de interpretación.

B. IMPOSIBILIDAD DE INTERPRETAR QUE LA INHABILIDAD DESAPARECE CUANDO EL SERVIDOR PÚBLICO DIRECTIVO SE DECLARA IMPEDIDO PARA INTERVENIR EN ASUNTOS CONTRACTUALES DE EMPRESAS PROPIAS O FAMILIARES

1. La manifestación de impedimento no hace desaparecer la inhabilidad

Revisado el contenido normativo y finalidad de la inhabilidad para contratar con el Estado prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la Sala debe analizar el primer escenario interpretativo que propone la consulta: la posibilidad de entender que la referida inhabilidad no se aplica cuando el servidor público directivo se declara impedido para intervenir en la discusión de asuntos o en la toma de decisiones contractuales en que puedan estar interesadas empresas o asociaciones propias o de sus familiares. La declaratoria de tal impedimento haría desaparecer la inhabilidad y permitiría entonces la celebración de contratos con las personas señaladas en la norma bajo estudio, pese a la relación patrimonial o de parentesco.

Tiene razón la entidad consultante que el marco normativo general que regula el ejercicio de la función administrativa, determina que los servidores públicos deben declararse impedidos en toda actuación administrativa en la que tengan interés directo (art. 11 de la ley 1437 de 2012).

Concepto Sala de Consulta C.E. 2113 de 2012 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

2011 y 40 de la ley 734 de 2002); se busca así que en cualquier caso en que entren en conflicto el interés general ínsito a la función administrativa y los intereses personales del servidor, éste deba separarse del conocimiento del asunto. Así lo indicó la Sala, por ejemplo, en Concepto 1822 de 200712, al señalar que los Ministros deben declararse impedidos para adoptar decisiones administrativas que puedan beneficiar o afectar directa o indirectamente los sectores en los cuales actúan empresas propias o familiares.

Sin embargo, esa regla se hace aún más estricta en materia contractual, en la medida que la ley opta por impedir, mediante la inhabilidad contractual analizada, que las empresas propias o familiares de los servidores públicos directivos celebren contratos con las entidades en las que prestan sus servicios.

En este aspecto, es preciso llamar la atención sobre la siguiente circunstancia: para que surja la inhabilidad en cuestión, la ley 80 no exige que el servidor público de nivel directivo, ejecutivo o asesor o el miembro de la junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante, participe directamente del proceso de contratación o tome decisiones contractuales en la entidad. La inhabilidad está presente por el sólo hecho de existir una relación o nexo de carácter patrimonial o de parentesco entre el servidor público directivo y las personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con la respectiva entidad, pues esa sola circunstancia, como ya se dijo, afecta la imparcialidad, igualdad y transparencia que la norma busca garantizar.

Como señaló esta Sala en Concepto 1212 del 27 de octubre de 199913, mientras que el Estatuto Contractual anterior (Decreto 222 de 1983) establecía de manera genérica que la inhabilidad se aplicaba por la relación de parentesco con cualquier servidor de la entidad, lo que llevó a la jurisprudencia del momento a modular la norma para exigir además que dicho servidor tuviera alguna injerencia en la contratación, la ley 80 de 1993 se encargó de identificar de manera expresa y concreta aquéllos cargos que por su posición jerárquica y responsabilidades podían afectar directa o indirectamente la imparcialidad de los procesos contractuales. Al respecto dijo la Sala:

“El anterior estatuto contractual, decreto ley 222 de 1983, señalaba en el numeral 2° del artículo 9° que estaban inhabilitados para contratar, entre otros: *“El cónyuge, compañero o compañera permanente y los parientes de los empleados oficiales y de los miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante”*. (Las negrillas son de la Sala). Esta causal, a diferencia de las aquí analizadas, era más amplia y genérica, se prestaba para confusiones al momento de interpretarla toda vez que no permitía determinar con exactitud el grado de incidencia que podía llegar a tener el funcionario, vinculado por parentesco, en la toma de la decisión contractual. De ahí que en los pronunciamientos de la Sección Tercera citados en la consulta, proferidos en vigencia del decreto 222 de 1983, se expresa, en forma reiterada, que para configurarse la respectiva inhabilidad era necesario establecer el grado de injerencia que el funcionario pudiera tener en la calificación de la propuestas, o en la adjudicación del contrato o demás conductas similares.

(...)

Para lograr una mayor claridad en la aplicación de la inhabilidad el legislador, en la ley 80, determinó con precisión los cargos desempeñados por servidores públicos que, dado su nivel de ubicación en la estructura jerárquica de la entidad, pueden tener influencia, directa o indirecta, en el proceso de contratación.

Lo que el legislador pretendió al establecer las respectivas prohibiciones, fue precisamente evitar que las relaciones de parentesco lleguen a afectar la imparcialidad de la función pública, bien sea porque el servidor con quien se guarde el correspondiente vínculo goce del poder de decisión en la adjudicación de los contratos, o tenga influencias que puedan determinar esa decisión, o simplemente pueda condicionar en forma indirecta la contratación, circunstancias éstas que ponen en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa.” (Se resalta)

En este sentido, la ley 80 de 1993 tiene en cuenta que la influencia del servidor público directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de la junta o consejo directivo nace de la naturaleza misma del cargo y, por tanto, puede ejercerse por fuera de los comités o instancias contractuales, a partir de su autoridad y ascendencia sobre el personal subordinado, de la capacidad de dictar o participar en la adopción de políticas, planes y proyectos, así como por el acceso a información privilegiada. Igualmente, por la posibilidad, también privilegiada, de contactar y acceder de primera mano a los funcionarios que adoptan decisiones contractuales, así formalmente no se tome parte en ellas. Por demás, es natural que personal subordinado e incluso del mismo nivel, pueda verse inclinado a no adoptar decisiones que puedan perjudicar a sus superiores jerárquicos o colegas, así éstos se hayan separado del conocimiento de los asuntos contractuales en que ellos o sus familias tengan interés.

Precisamente, este aspecto en particular fue analizado con detenimiento por la Corte Constitucional en sentencia C-429 de 1997, al estudiar una demanda presentada contra el literal b) del mismo numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993; según el demandante, la inhabilidad para los familiares del servidor público de nivel directivo o asesor o del miembro de junta o consejo directivo resultaba irrazonable y desproporcionada en la forma en que estaba prevista en la ley (por el sólo hecho del parentesco), razón por la cual debía condicionarse (limitarse) a los casos en que dichos servidores participaran de los comités o instancias contractuales de la entidad.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que la posición jerárquica y las funciones de *los servidores públicos directivos, ejecutivos o asesores y de los miembros de junta directiva*, les otorga *per se* la capacidad de afectar la imparcialidad de la contratación pública, lo que justifica que la inhabilidad por parentesco se aplique en los términos establecidos en la ley, es decir, con independencia de que el servidor público directivo participe "formalmente" de las instancias o procesos contractuales de la entidad:

"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa. Así mismo, la Corte considera que se justifica constitucionalmente la prohibición acusada en relación con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante pues, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe del departamento administrativo o su delegado, y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal."

Igualmente, los servidores públicos en estudio son directivos en las empresas sociales del Estado y de las sociedades de economía mixta con acción estatal mayoritaria."15

Se concluye entonces, que la presentación de un impedimento por el servidor público directivo para no tomar parte en las decisiones de tipo contractual que puedan afectar sus intereses personales o familiares, resulta de suyo irrelevante frente a la inhabilidad y, por lo mismo, no hace que esta última desaparezca.

Hace notar la Sala que la inhabilidad o prohibición no recae en el servidor estatal sino en las personas jurídicas señaladas en la norma, de modo que las manifestaciones de aquél en relación con tal inhabilidad carecen de efecto frente a la misma. Por demás, es claro que las inhabilidades no son libremente disponibles por voluntad de las partes.

Finalmente, el escenario planteado por la entidad consultante haría nugatoria e inaplicable por completo la inhabilidad por razones de interés directo o parentesco, no sólo del literal d) sino también de los literales b) y c) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993, pues bastaría una manifestación de impedimento por parte del servidor público directivo, para que sus empresas o sus familiares o las empresas de éstos, queden automáticamente habilitadas para celebrar contratos con la entidad que dirige o asesora.

De hecho, este asunto ya había sido analizado por la Sala aunque bajo la perspectiva opuesta, al responder si una persona con participación en una sociedad podía ser nombrada en un cargo directivo de una entidad estatal con la cual dicha sociedad tenía interés en contratar. La Sala respondió que no había ningún impedimento en nombrar a dicho funcionario, sólo que la sociedad de la cual formaba parte quedaba, por consecuencia, inhabilitada para celebrar contratos con esa entidad:

"La circunstancia de que una persona ostente la calidad de socio de una sociedad familiar, no constituye de por sí una inhabilidad para ser designado en el cargo de asesor del despacho de un Ministro. Esta situación sí genera a dicha sociedad impedimento para contratar con la entidad estatal en que su socio sea nombrado o para que la misma sociedad participe en procesos de selección, concurso o licitación

adelantados por la entidad, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia (...)”16

En síntesis, la Sala no considera que la manifestación de impedimento por parte del servidor público directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de la junta o consejo directivo, haga desaparecer la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. El efecto útil de dicha norma se anularía por completo al aceptar esa posibilidad, que por demás no está prevista en la ley 80 de 1993.

2. La excepción del párrafo 1 de la norma bajo revisión.

En relación con esta misma inhabilidad por interés propio o parentesco, la entidad consultante plantea una posibilidad interpretativa adicional: entender que la excepción del párrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es predicable a las entidades estatales y no a las entidades privadas allí señaladas.

Pues bien, el párrafo en comento señala lo siguiente:

PARÁGRAFO 1°. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo (...). (Negrilla fuera del texto).

Como ya se señaló, este párrafo prevé la inaplicación de la inhabilidad estudiada cuando la participación del servidor público directivo en la administración de la entidad privada no se da por una situación personal o familiar, sino en desarrollo de un mandato legal o estatutario; en tal caso, al no existir un interés privado que entre en conflicto con el interés general, no hay lugar a limitar la capacidad jurídica de tales empresas privadas.

Para el organismo consultante, la hipótesis prevista en el referido párrafo es de difícil ocurrencia, lo que hace que la norma no preste ninguna utilidad práctica; por tanto, para darle efecto útil a dicho párrafo, se pregunta hasta dónde es posible entender que el mismo no está referido realmente a las entidades privadas allí mencionadas, sino que hace alusión a las entidades estatales contratantes; de esta manera, según se deriva de la consulta, el contenido normativo del párrafo vendría a ser el siguiente:

“PARÁGRAFO 1°. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en las entidades estatales en las que por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo (...). (Negrilla fuera del texto).

Con esta lectura se tendría entonces, por ejemplo, que en el caso de los Ministros la inhabilidad por interés propio o parentesco sólo se aplicaría en el Ministerio del cual se es titular, pero no en las demás entidades estatales en las que dichos funcionarios forman parte de sus juntas o consejos directivos por obligación legal o estatutaria. De esta manera se reduciría sustancialmente el espectro de la inhabilidad contenida en el literal d, numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Prima facie, la Sala observa que la interpretación que quiere dársele al párrafo no corresponde a su texto ni al sentido de sus palabras; tampoco refleja su finalidad, en tanto que hace desaparecer la inhabilidad en un grupo importante de entidades estatales en las que en todo caso, subsistirían las razones que darían lugar a la restricción contractual; las juntas y consejos directivos de las entidades estatales se encuentran en el más alto nivel jerárquico y organizacional de las mismas, lo que hace que sus miembros puedan acceder a información, influir en la definición de políticas y proyectos, tener contacto directo con las instancias contractuales de la entidad y en, general, interferir en las reglas de transparencia e imparcialidad que se protegen con la inhabilidad en cuestión.

Por tanto, aún si se aceptara que el párrafo analizado ha caído en desuso, cuestión que no es para nada clara, no sería posible su reinterpretación a partir de un contenido normativo que desconoce su contenido literal y la finalidad misma del régimen de inhabilidades. Como

ha señalado esta Corporación, la aplicación de la ley al caso regulado por ella, mediante su interpretación, difiere sustancialmente de aplicar la ley a un evento no previsto en la norma, situación ésta que no es posible en materia de limitaciones, prohibiciones y excepciones legales¹⁷.

Se recuerda que las inhabilidades para contratar con el Estado están construidas sobre un sistema de valores, principios y normas que protegen “la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa y el buen nombre de la administración”, y garantizan “la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales”¹⁸. La inhabilidad bajo revisión lleva implícitos esos valores, fines y principios, los cuales quedarían comprometidos al aceptar interpretaciones que le restan eficacia y facilitan su inaplicación.

C. LA INHABILIDAD EN LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

El segundo gran tema que plantea la consulta es si la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993, se aplica en los contratos interadministrativos.

Según el texto de dicho literal, la inhabilidad en él prevista para contratar con la respectiva entidad, recae en “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”.

Como se observa, la norma está referida esencialmente a formas organizacionales propias del derecho privado y no menciona las tipologías comunes al derecho público, como es el caso de los organismos que componen la Nación (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, etc.), los órganos constitucionales autónomos, los establecimientos públicos, etc.

Por tanto, dado que las inhabilidades, impedimentos y prohibiciones son de interpretación restrictiva¹⁹, habría que concluir necesariamente que en lo que se refiere a contratos interadministrativos la inhabilidad no tiene en principio aplicación. Ello se explica además, porque en dichas relaciones jurídicas no se da la dicotomía entre lo público y lo privado, sino que priman las reglas de colaboración armónica entre entidades del Estado derivadas del artículo 113 de la C.P.

Es el caso planteado en la consulta en que, por ejemplo, existen dos entidades estatales interesadas en celebrar un contrato interadministrativo, en cuyos cargos directivos, asesor o ejecutivo o en sus juntas o consejos directivos, participan personas entre las cuales existe alguno de los vínculos señalados en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993; o también el caso del Ministro que por obligación legal participa en la junta o consejo directivo de una entidad estatal, la cual por tanto, no está impedida para celebrar un contrato interadministrativo con el respectivo Ministerio.

Ahora, el hecho de no aplicarse la inhabilidad en cuestión entre las entidades estatales que pretenden celebrar un contrato interadministrativo, no obsta para que los respectivos servidores verifiquen, conforme al artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y 40 de la Ley 734 de 2002, si hay lugar a declararse impedidos en cuanto que las decisiones que se adopten en relación con la otra entidad puedan, en todo caso, afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo que afecte la imparcialidad de la decisión.

D. LA INHABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONDICIONES UNIFORMES.

El último escenario planteado por el organismo consultante es el siguiente: ¿se aplica la inhabilidad del literal d del numeral 2 del artículo 80 de 1993 en los contratos cuyo objeto son bienes o servicios ofrecidos en condiciones uniformes o estandarizadas? Según la consulta, la respuesta sería negativa en razón de la excepción prevista en el artículo 10 de la misma ley 80 de 1993 para los contratos de condiciones uniformes.

Según la consulta, el interrogante lo han generado dos situaciones de hecho en particular:

La primera, el caso de operaciones financieras y de tesorería de algunas entidades estatales, las cuales se realizan en sistemas transaccionales con entidades financieras previamente autorizadas por la propia entidad estatal para transar con ella; las condiciones financieras son uniformes para todas las entidades participantes, pero existen relaciones de parentesco entre servidores públicos directivos y representantes legales de las entidades financieras participantes.

La segunda hipótesis plantea una situación completamente distinta y es el caso de que sean los particulares los que ofrecen bienes y servicios en condiciones uniformes a cualquier persona, incluso al Estado; se pregunta entonces si en tales casos, el vínculo de parentesco entre los socios o personal directivo de la empresa privada oferente y el servidor público directivo de la entidad estatal, determina el surgimiento de la inhabilidad o si la misma no se da por tratarse de contratos de condiciones uniformes.

Al respecto, es pertinente tener en cuenta lo que establece el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 sobre los casos en que no se aplican las inhabilidades e incompatibilidades previstas en ella:

“ARTÍCULO 10°. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.” (Negrilla fuera del texto)

Lo primero que observa la Sala es que la norma solamente exceptúa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades aquéllos contratos de condiciones uniformes *ofrecidos por el Estado* y que recaen sobre bienes y servicios que cualquier persona puede solicitar; por tanto, se descarta de plano la segunda hipótesis planteada en la consulta, en cuanto a que la excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de este artículo 10º cobije también los contratos de condiciones uniformes *ofrecidos por los particulares* al Estado.

Ahora, en el caso de los bienes y servicios ofrecidos por el Estado en condiciones comunes a quienes los soliciten, la aplicación de la excepción exige que se reúnan al menos dos elementos:

- La uniformidad en las condiciones contractuales, esto es que el contrato no sea objeto de negociación, en tanto que es igual y estandarizado para el público en general; y
- La posibilidad de acceso al contrato a todo el que lo solicite, lo que supone que no hay escogencia por parte de la entidad estatal entre posibles oferentes o interesados, que una vez escogidos excluyen a los demás; la excepción en cuestión tiene como supuesto que el goce de los bienes y servicios es una facultad de todos “quienes los soliciten”, de manera que el parentesco y otras causas de inhabilidad se vuelven inaplicables; ello, claro está, sin perjuicio del cumplimiento por parte del interesado de los requisitos y condiciones generales establecidas previamente para solicitar dichos bienes y servicios.

Cuando se dan estas condiciones, no hay riesgos para la transparencia e imparcialidad de la contratación pública, pues ni siquiera los vínculos de parentesco o el interés propio podrían hacer que el funcionario directivo o sus familiares obtuvieran ningún provecho o beneficio distinto al que tendría cualquier otra persona; visto desde la perspectiva contraria, la existencia de dicho vínculo de parentesco no le permitiría al Estado negar el goce de esos bienes y servicios a los que cualquier persona puede acceder.

Por ello, esta excepción suele asociarse a la prestación de servicios públicos por parte del Estado, aunque podría aplicarse en otros eventos, siempre que se den las condiciones normativas anotadas.

En el caso planteado por el organismo consultante, la Sala observa que, por una parte, los bienes y servicios no son de libre acceso para cualquier persona, sino únicamente para entidades financieras seleccionadas por la propia entidad; de otro lado, se encuentra que las entidades financieras autorizadas compiten entre sí para obtener los beneficios de las operaciones y títulos ofertados por la entidad. Además el servidor público directivo puede tener acceso a información privilegiada que puede beneficiar a los participantes. Por tanto, no se cumplen con claridad

las exigencias previstas en el artículo 10 para inaplicar, no sólo la inhabilidad por parentesco que plantea la consulta, sino en general todas las demás inhabilidades previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que sería la consecuencia necesaria de extender los efectos del artículo 10º a la hipótesis expuesta en la consulta.

Conforme a lo anterior,

3. LA SALA RESPONDE:

1. ¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica a la persona jurídica contratista lo dispuesto en el literal d) del ordinal 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, cuando el servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo le ha sido aceptado un impedimento para contratar con las personas jurídicas señaladas en dicha norma y, como consecuencia, dicho servidor público se abstiene de actuar en la gestión contractual con tales personas jurídicas?

1.1. ¿Debe entenderse que el impedimento declarado a un servidor público cubre no solamente las decisiones o actuaciones respecto de la entidad estatal en la que labora, sino que también se extiende a aquellas en las que sea miembro de junta o consejo directivo? En caso de que la respuesta a este interrogante sea afirmativa:

La inhabilidad establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no desaparece por el hecho de que el servidor público directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo se declare impedido.

La misma respuesta es aplicable también en relación con las demás entidades estatales en las que el respectivo servidor público participe de juntas o consejos directivos.

1.2. Con el fin de darle un efecto útil a la norma, ¿se debe entender que la excepción del párrafo primero del artículo 8 de la ley 80 de 1993, aplica para la entidad contratante y no para el contratista?

No. La excepción del párrafo primero del artículo 8 de la ley 80 de 1993 se aplica exclusivamente a las personas allí señaladas, interesadas en ser contratistas de las entidades estatales.

2. ¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica lo dispuesto en el literal (d) del ordinal 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 cuando, tanto la entidad contratante como la contratista, ostentan naturaleza estatal?

En caso que la respuesta a este interrogante sea afirmativa:

2.1. ¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad, en caso de que el servidor público que se desempeña como miembro de junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante sea cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil, de una persona que se desempeña un cargo de dirección o manejo o tenga participación en la entidad estatal contratista?

2.2 ¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad en caso de que los miembros de junta o consejo directivo de dos entidades estatales sean particulares?

Si, la inhabilidad prevista en el literal d del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993 no se aplica en los contratos interadministrativos. En todo caso, los funcionarios de las respectivas entidades estatales deberán declararse impedidos en relación con las decisiones que puedan

afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo legal o de parentesco.

3. *¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica lo dispuesto en el literal (d) del ordinal 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 cuando el objeto del contrato a celebrarse involucra servicios u operaciones estandarizadas bajo condiciones uniformes?*

El artículo 10 de la ley 80 de 1993 únicamente exceptúa los contratos que se refieren a bienes y servicios ofrecidos en condiciones uniformes por el Estado a cualquier persona que lo solicite.

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

SECRETARIO DE LA SALA (SIC)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Expresión derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

2 Literal j) adicionado por el artículo 4° de la ley 1474 de 2011.

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

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

⁵ Consejo de Estado, auto del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

6 Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996. También Ver: Sentencias C-415/94; C-178/96; C-429/97; y C-054/91.

7 Según la Corte Constitucional, las inhabilidades pueden ser de dos tipos: sancionatorias (que viene como consecuencia de una sanción) y preventivas (orientadas a la protección del interés general):

"En el primer tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente.

Las inhabilidades del primer tipo constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar." (Sentencia C-353 de 2009)

8 Sentencia C-429 de 1997.

9 "ARTÍCULO 8. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...)

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." (Apartes tachados fueron derogados por la Ley 1150 de 2007)

10 Sentencia C-415 de 1994, reiterada en Sentencia C-054 de 2001. En esta última concluyó la Corte Constitucional: "Entonces, no es dable oponer válidamente a la defensa del interés general y a los objetivos del proceso de contratación, una hipotética vulneración de los intereses familiares, invocando para el efecto el artículo 42 de la Carta Política. "

11 Sentencia C-429 de 1997.

12 M.P. Gustavo Aponte Santos.

13 M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

14 2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (...) 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."

15 Sentencia C-429 de 1997.

16 Concepto 1097 del 29 de abril de 1998, M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

17 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1993-01895.

18 Sentencia C-353 de 2009.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 1997-04685.; Corte Constitucional, Sentencia C-353 de 2009.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 09:19:56