

MORAL CONTRACTUAL SOBRE LA FAMILIA: ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA INHABILIDAD POR VÍNCULOS MARITALES Y DE PARENTESCO¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. Con el estudio de la inhabilidad predicable de «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», el CEDA continua el estudio de la parte especial de las inhabilidades e incompatibilidades. El escrito contiene, en primer lugar, una identificación de los supuestos que componen la inhabilidad, problematizando las posibilidades que tiene la Administración de evidenciarlas en sus procesos de selección. En la segunda parte se presentan problemas específicos que plantea la hermenéutica sobre la disposición.

Introducción

Continuando el estudio profundo y preciso sobre las causales de inhabilidad e incompatibilidad, en esta oportunidad se analiza el literal «g)» del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es decir, la aplicable a «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». Como preámbulo, se destaca la racionalidad que influye en la existencia de esta causal no es otra que la de *moralizar* la contratación pública, en el sentido de que el legislador presupone que las relaciones entre ciertas personas pueden incidir en las decisiones de un proceso contractual.

Más allá de no encontrar un criterio suficiente que distinga las inhabilidades e incompatibilidades, y por lo cual no hay certeza acerca de si la causal corresponde a la primera o segunda clase, en seguida se describen de los supuestos de hecho que activan la prohibición para seleccionar contratistas, enfatizando en algunos problemas hermenéuticos identificados.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de marzo de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Asesor Juan Carlos Ledezma, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

1. Personas afectadas por la prohibición: grados de parentesco y los vínculos maritales

El aspecto más sencillo del estudio de la causal es el reconocimiento de sus elementos manifiestos, es decir, de aquellos que desde el acercamiento más simple es posible identificar. De este modo, en el presente acápite se hace un breve recorrido del significado de cada aspecto de la inhabilidad para establecer los supuestos básicos necesarios y luego desarrollar las problemáticas encontradas.

En primer lugar, la causal aplica a quienes se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Como se sabe, ambas instituciones existen prácticamente desde el inicio de nuestra tradición jurídica, e incluso de los ordenamientos que nos inspiran, y tienen efectos principalmente en los aspectos patrimoniales de la familia, pero también se utilizan en otras áreas del derecho, como el administrativo. Para entender la primera –consanguinidad– se debe acudir a la definición del artículo 35 del Código Civil, pues dispone que el «Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre». Los artículos siguientes definen los *grados* y las *líneas*, según las cuales se identifica qué calificación jurídica recibe la relación entre familiares. Aquellos expresan la cantidad de generaciones entre familiares, mientras que estas –las líneas– expresan la serie y el orden de las personas que descienden de un tronco común.

Por su parte, el inicio del artículo 47 prescribe: «Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer». De manera que el parentesco no se produce simplemente por las relaciones biológicas entre algunas personas, sino también por vínculos civiles. Por consiguiente, la celebración del vínculo marital tiene entre sus consecuencias la de configurar vínculos de parentesco con personas que no tienen relación sanguínea. Retomando la causal, lo anterior significa que se produce cuando se presentan una persona y sus padres, hijos, abuelos, nietos o hermanos, así también como si se presentan los padres, hijos, abuelos, nietos o hermanos de su cónyuge o compañero permanente³. Los primeros por encontrarse en el primer y segundo grado de consanguinidad y los últimos por encontrarse en el primer y segundo grado de afinidad.

Respecto a los últimos hacemos una precisión no menor, en el sentido de que la redacción de las disposiciones civiles establece que el parentesco por

³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. p. 126.

afinidad pervive aún cuando los cónyuges se divorcien. En otras palabras, la inhabilidad por el parentesco de afinidad se configura perpetuamente, porque constituye un efecto del matrimonio o la unión marital de hecho que no se suprime con la terminación del vínculo⁴. De este modo, puede darse el escenario paradójico en que se presentan dos excónyuges y el hermano de alguno de ellos, configurando la inhabilidad no por la relación entre aquellos sino porque este se vincula por afinidad con el que no es su hermano.

Aún cuando la disposición produce la situación mencionada, el Consejo de Estado ha interpretado los efectos de una manera diferente. En efecto, al decidir la apelación de la elección de una diputada, demandada con base en que se inscribió en las mismas elecciones en las que participó el hermano de su excónyuge, señaló que si al momento de inscribirse el vínculo marital no está vigente, mal se hace al interpretar que la inhabilidad por parentesco de afinidad sigue configurándose, debido a que ello afecta injustificadamente el derecho fundamental a elegir y ser elegido⁵. Pese a que el caso tratado por la providencia no corresponde a la causal que analizamos, sus planteamiento pueden influir en la interpretación de la inhabilidad en la contratación pública. En consecuencia, con base en ella se puede sostener que finalizado el vínculo marital no existe inhabilidad si se presentan familiares de excónyuges⁶. Para zanjar la discusión, el legislador del 2007 dispuso en el párrafo 1° del artículo 18 de la Ley 1150 que: «En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio», de ahí que los efectos del parentesco por afinidad cesen⁷.

Ahora, el otro supuesto de hecho que utiliza la disposición para activar la inhabilidad es que se presenten cónyuges o compañeros permanentes. Esto

⁴ La Corte Constitucional estudió una demanda en contra de la expresión «[...] o ha estado[...]» del artículo 47, en la que el actor argumentó que resultaba inconstitucional que la expresión diera lugar a consecuencias perpetuas como la configuración de inhabilidades. No obstante, la Corte se declaró inhibida debido a que concluyó que el demandante no realizó la integración normativa pertinente, porque la consecuencia que techaba como inconstitucional no la presentaba el artículo 47 por sí mismo. Lo importante, en lo que nos ocupa, es que la Corte no negó la existencia de ese efecto jurídico (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-125 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada)

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad. N°. 08001-23-31-000-2011-01417-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 22.121 del 1 de febrero de 2019. Rad. N° 20196000022121.

⁶ No sobra mencionar que la Corporación ha reiterado esta posición hasta sus pronunciamientos recientes (CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de octubre de 2020. Rad. No. 11001-03-15-000-2020-00061-01(PI). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas).

⁷ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 2ª. reimp. 4a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 200.

significa que los proponentes deben estar relacionados entre sí porque celebraron un matrimonio o entre ellos existe una unión marital de hecho. Acerca del primero, el artículo 113 del Código Civil lo define como «[...] un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente», mientras que el segundo es definido por el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 como la comunidad de vida permanente y singular entre un hombre y una mujer que no están casados, esto es, que no tienen un matrimonio vigente⁸. Ambas instituciones han sido moduladas por la Corte Constitucional, en tanto a través de un desarrollo jurisprudencial, que inició con discusiones alrededor de los beneficios en materia de seguridad social, concluyó en que actualmente ambas pueden configurarse entre parejas del mismo sexo⁹.

Estos aspectos no se comentan con una intención baladí de señalar qué debe entenderse por los elementos principales de la causal de inhabilidad, sino que son necesarios para plantear la siguiente pregunta: en un proceso de selección, ¿cómo puede identificar una entidad que los oferentes se encuentran vinculados de alguna de estas formas, y de ese modo identificar si existe la inhabilidad? Esta inquietud no tiene poca importancia, dado que las relaciones consanguíneas se producen o se extinguen por hechos biológicos, como el nacimiento y la muerte. En sentido similar, el Código Civil dispone que el matrimonio se perfecciona por el libre consentimiento entre la pareja, expresado ante funcionario competente, con unas formas y solemnidades específicas, incluso cuando se celebran frente a autoridad religiosa¹⁰. Lo mismo sucede con la unión marital de hecho, debido a que la Ley 54 ordena que su *existencia* debe declararse mediante sentencia, escritura pública o

⁸ El artículo dispone: «A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular».

⁹ Entre las tantas sentencias que resultan relevantes para identificar los momentos históricos de la discusión, es necesario destacar la C-075 de 2007 y la SU-214 de 2016. Aquella, porque amplió el ámbito patrimonial de la unión marital de hecho a parejas del mismo sexo, y esta porque zanjó las ambigüedades interpretativas acerca si el matrimonio podía celebrarse entre ellas. Ahora, también debemos destacar la C-029 de 2009, mediante la cual se condicionó la exequibilidad de la inhabilidad estudiada (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Su-214 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁰ El artículo 115 del Código Civil prescribe: «El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos.

»Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano [...].»

acta de conciliación, siempre que una pareja tenga comunidad de vida permanente y singular¹¹.

Lo anterior significa que los supuestos de los que se vale la inhabilidad para prohibir que algunas ofertas sean valoradas por la entidad pueden *existir* sin que sean declaradas¹². En efecto, bien pueden presentarse situaciones que afectan el parentesco por consanguinidad o el de afinidad pero no se realice la actualización en el registro, así como celebrarse un matrimonio o configurarse una unión marital de hecho sin que se registre. Las causales de inhabilidad o incompatibilidad relacionadas con el parentesco tienen la particularidad de que no existen registros en los que la entidad, de manera ágil, pueda consultar esta información, como en contraste puede suceder con las que se configuran con el incumplimiento, a partir del RUP, o con las que suponen un pronunciamiento judicial o administrativo, acudiendo a los servicios de consulta en línea de algunas autoridades. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 106 del Decreto Ley 1260 de 1970 prescribe lo siguiente:

«Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro».

Conforme a lo transcrito, resulta claro que, pese a que la existencia de los vínculos maritales y por parentesco pueden existir sin declaración y consecuente inscripción en el registro civil, sin este no se puede oponer a terceros la información que debería constar en el registro. En otras palabras, la Administración no tiene la obligación de constatar la configuración material de los presupuestos para predicar las referidas relaciones, sino que ello debe constar en el registro civil de los implicados. De manera que la complejidad de la información que debe tener la

¹¹ El artículo 4° de la Ley 54 de 1990 establece: «La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

»1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

»2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

»3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia».

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de enero de 2021. SC003-2021. Rad N° 11001-31-10-018-2010-00682-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. SENTENCIA DEL 25 DE ENERO DE 2021. SC006-2021. RAD N° 68001-31-10-006-2011-00475-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Administración de sus proponentes se reduce, mas no se suprime de manera absoluta, en tanto nada obsta para que no se logre la consecución del registro.

Por ejemplo, en providencia del 9 de julio de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió un caso en el que la Administración, en un proceso de selección para la enajenación de unos inmuebles, identificó que dos proponentes tenían la misma dirección en su RUT, por lo cual –según parece– realizó las investigaciones pertinentes y encontró que estaban casados, a partir de una copia de la escritura pública que contenía tal información. Por tanto, interpuso la lesividad pertinente del acto que le adjudicó el contrato a alguno de ellos, lo cual fue otorgado por el Tribunal y confirmado por la Sección¹³. Algo similar se presentó cuando decidió una apelación de una reparación directa, por cuanto el actor consideraba que había sido privado injustamente de la libertad. Según se desprende de la sentencia, el actor habría incurrido aparentemente en el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades porque no realizó las investigaciones pertinentes para confirmar que dos contratistas eran hermanos de un concejal¹⁴.

Aunque en el primer caso –el de la lesividad– la Administración logró conseguir un documento para probar la relación, no sería raro que en la realidad existieran una multiplicidad de eventos en los que esto no es posible, debido a que no existe un medio expedito para consultar el registro civil de una persona. Lo mismo se puede plantear respecto al segundo, porque aún cuando la persona que interpone la reparación es negligente para iniciar las investigaciones necesarias para confirmar el parentesco, nada impide para que se presente un escenario real en el que conseguir la prueba sea altamente complejo. Lo anterior muestra la importancia del formulario que las entidades generalmente exigen que los proponentes presenten, donde declaran que no se encuentran inhabilitados. Adicionalmente, queda claro que, en caso de dudas por alguna información que permita inferir relaciones –como la dirección de los proponentes que conste en los documentos de la propuesta–, las entidades tienen el deber de adelantar las gestiones para clarificar la información. Por último, solo los vínculos referidos quedan comprendidos por la prohibición, lo que significa que los hijos de crianza o los sobrinos no producen la inhabilidad analizada.

2. Problemas hermenéuticos: inquietudes teóricas y prácticas sobre la causal por el vínculo marital y el parentesco

2.1. Alcance interpretativo de la expresión «dentro»

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Exp. 35.943. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Un primer problema que puede desprenderse de la literalidad de la causal lo plantea la expresión «dentro», con la cual se refieren a los grados incluidos en la prohibición. Resulta relevante cuestionar: ¿«dentro» significa «hasta»? La relevancia de la inquietud radica en que, si se responde negativamente, y se propone que a la expresión «dentro» debe dársele el sentido de «en el», pues el primer grado no estaría incluido en la prohibición. La definición de la expresión del lenguaje natural tampoco resulta lo suficientemente clara, por cuanto «En la parte interior de un espacio o término real o imaginario»¹⁵ no nos indica con absoluta certeza si la expresión es sinónimo de «hasta» o sinónimo de «en el». Sin embargo, la interpretación pacífica y uniforme de los operadores de la contratación no es otra que admitir que «dentro» significa «hasta», con lo cual interpretan que en la prohibición se enmarcan tanto el primer como el segundo grado de consanguinidad o afinidad¹⁶.

A pesar de que no compartir absolutamente la posición anterior, y considerar que cabe la discusión acerca de si el primer grado también está comprendido por la prohibición, por la ambigüedad de la expresión «dentro», el hecho es que la finalidad moralizante de la causal puede confirmar la postura común y pacífica. En efecto, si el legislador considera que el vínculo del segundo grado es tan estrecho que posibilita que las personas así relacionadas afecten los procesos de contratación, planteamiento diferente no se puede predicar respecto a un vínculo más estrecho como el del primer grado –padres e hijos–. Ahora, ese argumento consecuencial, también es el fundamento para que se considere que de igual manera está proscrito que una misma persona presente dos propuestas en una misma selección¹⁷. Si la participación de familiares puede incidir en la decisión de la Administración, con mayor razón una misma persona puede afectarla.

Tampoco se comparte este razonamiento absolutamente, porque considerar que un oferente que presente dos propuestas puede incidir en su selección sería que en ese proceso solo se presentaron esas dos ofertas. De otra manera, ¿puede afectar directamente los precios y las condiciones en que otros proponentes presenta sus ofertas? La respuesta debe ser negativa, por lo que la aplicación de la interpretación finalística que produce esta postura debe ser revisada, en el sentido de que no en todo los casos el planteamiento resulta cierto¹⁸. Por demás, se dice

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Dentro [En línea]. Disponible en [Consultado el 9 de marzo de 2021]: < <https://dle.rae.es/dentro>>.

¹⁶ PALACIO HINCAPIÉ. Op. cit., p. 126.

¹⁷ MATALLANA CAMACHO. Op. cit., p. 199; DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149.

¹⁸ Así sucedió cuando el Consejo de Estado no invalidó un acto que terminó unilateralmente un contrato, porque la Administración lo profirió al identificar que celebró un contrato con quien había presentado las dos únicas ofertas del proceso (CONSEJO DE

que debe primar la interpretación restrictiva, y *stricto sensu* el legislador no previó esta posibilidad en una causal de inhabilidad.

2.2. La inhabilidad aplica al primero en el tiempo

Un segundo problema que puede identificarse sobre la inhabilidad se presenta a partir de la interpretación reiterada según la cual queda inhabilitado el segundo en presentar entre quienes se encuentran vinculados en los términos señalados. Dicho de otra manera, si un proponente es hijo de otro, solamente el segundo quedará inhabilitado y la entidad evaluará la propuesta del primero en el tiempo. Probablemente esta interpretación tenga fundamento erróneamente con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.5 del Decreto 1082 de 2015, que prescribe:

«Para efectos de establecer el oferente que debe ser inhabilitado cuando en un mismo Proceso de Contratación se presentan oferentes en la situación descrita por los literales (g) y (h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y poder establecer la primera oferta en el tiempo, la Entidad Estatal debe dejar constancia de la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales».

El artículo simplemente define que la entidad debe dejar registro de la hora de la presentación de la oferta, no que el primero o el segundo está inhabilitado. De ahí que, en realidad, el fundamento se encuentre en la expresión de la causal «[...] con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta [...]». Con base en lo transcrito se interpreta que la existencia de la inhabilidad solo se presenta para el segundo, porque su familiar ofertó antes que él. No obstante, si se analiza con detenimiento la causal, también debería aplicar al primero, toda vez que la entidad, al momento de analizar las propuestas, concluye que una cantidad N de personas ofertaron, lo que significa que *todas ellas* presentaron formalmente una propuesta en el procedimiento.

En otras palabras, el problema lo plantea una conducta común en la Administración, reafirmada por la estructura del SECOP, conforme a la cual la evaluación de las propuestas se realiza una a una, empezando por la primera presentada en el tiempo. Siendo precisos, no hay disposición en el EGCAP que regule este aspecto, con lo cual la práctica resulta más como una técnica administrativa que una obligación establecida en el ordenamiento. Pero, se itera, si se estudian las propuestas globalmente, se llega a la conclusión que las ofertas de los familiares entran en el supuesto de la causal, porque ambos presentaron

ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15.324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

formalmente una propuesta. La consecuencia de este razonamiento no es otro que proponer que ambas propuestas deben inhabilitarse.

Además, esta propuesta es más consecuente con la postura finalista que encuentra el fundamento de la causal en la intención de prevenir la injerencia en la selección por parte de personas vinculadas entre sí, en el sentido de que la conducta inmoral no se predica exclusivamente de uno de los proponentes sino de ambos. El hecho es que actualmente es indiscutible que solo queda inhabilitado el segundo proponente, lo que en últimas termina siendo –desde cierta perspectiva– la decisión menos lesiva respecto a los proponentes y al proceso de selección, toda vez que al final quedará una oferta que puede servir para cumplir las finalidades que el Estado se propuso satisfacer por medio del contrato.

2.3. Aplicación de la causal entre las distintas clases de proponentes de la Administración y en contrataciones por lotes

Una problemática final que puede presentarse con ocasión de la causal de literal «g)» del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se relaciona con los distintos contratistas que tiene la Administración. Ya se expresó que la causal aplica entre personas naturales que se vinculan maritalmente o por el parentesco, pero, ¿qué sucede si la relación de consanguinidad o marital se tiene con el representante legal, o alguno de sus socios, de una persona jurídica? La pregunta tiene sentido debido a que causales como la «h)» del mismo artículo parten del parentesco pero para predicar la inhabilidad respecto a las personas naturales que conforman a otra persona jurídica, no en la relación persona jurídica – persona natural.

A propósito, el Consejo de Estado expidió una sentencia que sirve para solucionar la inquietud. En una selección de contratistas para varios contratos de obra –llamada en la providencia contratación por grupos– en la que se estipuló en los documentos del proceso que los interesados solo podían ofertar a uno de los grupos. Seleccionados los contratistas, los no seleccionados demandaron la nulidad de una de las actas de adjudicación argumentando que el escogido había presentado ofertas para dos grupos, ya que una persona natural y otra jurídica que entre otros componían el consorcio, a su vez tenían participación accionaria en una de las sociedades que ofertó en otro grupo. La Sección Tercera no accedió a las pretensiones, y en consecuencia revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que en el presente caso no se configuró inhabilidad alguna por cuanto las personas que presentan ofertas son diferentes: por un lado, las que componían el consorcio y, por el otro, la jurídica, existente con independencia de sus socios. Además, explicó que tampoco se presentó el fenómeno de la actuación

por interpuesta persona, porque la participación accionaria de las implicadas no permitía que tuvieran la dirección y control de la sociedad¹⁹.

El criterio planteado en la providencia debe considerarse adecuado, en la medida en que las personas jurídicas se crearon con la finalidad de independizarse de las naturales que las componen. Como en el referido caso, actualmente es común que las personas se desenvuelvan en diferentes negocios e inversiones, lo que da lugar a que algunas naturales tengan participación en jurídicas sin que eso signifique que trabajan en estrecha relación o sean dirigidas de la misma manera. Por otra parte, la *capacidad* de ambos puede distinguirse, como atributo propio de sus personalidades, lo que permite que presenten ofertas independientemente. De manera que si el criterio aplica cuando la persona natural hace parte de una jurídica, con más razón tiene aplicación cuando la persona natural está relacionada por alguno de los vínculos que hemos analizado con alguno de los socios o agentes de una persona jurídica. En otros términos, si presento una oferta, y mi hermano tiene participación accionaria en una sociedad que también lo hace, no puede decirse que se configura la inhabilidad. Sostener algo en sentido contrario sería extender los supuestos que hasta el momento se acepta que activan las prohibiciones para participar en los procesos de selección.

Razonamiento distinto merece la relación persona natural – persona natural parte de un consorcio y unión natural. Desde luego, y siendo consecuentes con el criterio del Consejo de Estado, resulta evidente que las formas plurales novedosas que creó el EGCAP no constituyen personas jurídicas, sino que el legislador sencillamente las habilitó para que existieran con el fin de ser contratistas del Estado. Así, cuando se estudia la capacidad de un consorcio o de una unión temporal no se hace sobre las formas plurales, debido a que no cuentan con personalidad, por lo que se hace con cada uno de sus miembros. Esta interpretación es compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que en concepto C-273 de 2020, y reproduciendo la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 10 de febrero de 2011²⁰, sostuvo: «Así pues, respecto de la capacidad jurídica, que es un requisito habilitante, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, y que se relaciona directamente con las inhabilidades e incompatibilidades, teniendo en cuenta que son un límite

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de octubre de 2020. Exp. 48.293. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

²⁰ En esa ocasión la Corporación decidió una apelación en la que se pretendió la nulidad de una adjudicación, pero a su vez se presentaron otras irregularidades con el consorcio seleccionado, cual estar inhabilitado por haber participado en un proceso de selección teniendo una incompatibilidad. En lo que nos importan, allí planteó la idea comentada, según cual la capacidad se estudia con todos los miembros del consorcio o unión temporal (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Rad. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón).

a la capacidad, que permite ofertar y contratar, esta debe ser evaluada respecto de cada miembro del proponente plural»²¹.

Ahora, los hechos que dieron lugar a la sentencia del Consejo de Estado también plantean un evento adicional que resulta cuestionable. Como se indicó, en la selección se agruparon diferentes contratos y por ello la entidad estipuló en los documentos que los interesados solo podían presentarse a un grupo. Solo esta decisión amerita preguntarse: ¿esto no constituye la estipulación de una causal de inhabilidad? Con esto, la validez de esta decisión ya debería cuestionarse –mas no discutida en la sentencia, por congruencia–, porque es un dogma repetitivo que las inhabilidades solo puede definir las el legislador. Al margen de esto, ¿qué sucede en los casos en los que se presentan personas naturales relacionadas con los vínculos analizados a los distintos grupos? Por lo señalado, la misma pregunta debe hacerse si se trata de una natural y un consorcio compuesto por una natural relacionada por parentesco, por matrimonio o unión marital de hecho con aquella.

Debido a que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, especialmente esta –por su redacción–, impiden la participación en la selección, la consecuencia no sería otra que concluir que el segundo está inhabilitado. De manera que, una práctica realizada constantemente por la Administración sin fundamento legal más allá de uno principialista –por economía o celeridad–, facilita las posibilidades de que se produzca la causal estudiada, incluso cuando participen para contrataciones diferentes.

Bibliografía

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-273 de 2020. Rad. N° 2202013000004015.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 22121 del 1 de febrero de 2019. Rad. N° 20196000022121.

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3a ed. Bogotá: Legis, 2016.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020.

²¹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-273 de 2020. Rad. N° 2202013000004015.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 2a reimp. 4a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-125 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Su-214 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de enero de 2021. SC003-2021. Rad N° 11001-31-10-018-2010-00682-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. sentencia del 25 de enero de 2021. SC006-2021. RAD N° 68001-31-10-006-2011-00475-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Exp. 35.943. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
MATALLANA CAMACHO. Op. cit., p. 199;

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15.324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de octubre de 2020. Exp. 48.293. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Rad. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad. N°. 08001-23-31-000-2011-01417-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de octubre de 2020. Rad. No. 11001-03-15-000-2020-00061-01(PI). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.