

## **RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: EFECTOS DEL PARENTESCO EN LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS<sup>1</sup>**

Aura Sofía Palacio Gómez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El artículo 8, numeral 1, literal h), de la Ley 80 de 1993 establece una prohibición para contratar con el Estado cuando entre los representantes legales o los socios de dos personas jurídicas que presenten una oferta en un mismo procedimiento de selección exista una relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En esta oportunidad se estudia a profundidad sus presupuestos teóricos y prácticos.

### **Introducción**

El entendimiento del derecho administrativo requiere el análisis de otras áreas del derecho, de manera que describirlo como un sistema aislado y totalmente autónomo es equivocado, y definirlo como uno que se apoya en las normas y principios de otros resulta más preciso. Particularmente, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no configura una excepción a esta idea, en la medida en que varias causales abordan temas propios del derecho penal, del derecho civil –familia– y del derecho comercial –sociedades–. Su comprensión invita al estudio de las fuentes de esas otras áreas, de ahí que la ley penal, civil y comercial, como la jurisprudencia y la doctrina en estas materias, sean indispensables para determinar el alcance de ciertas disposiciones del derecho administrativo, especialmente del derecho contractual público.

A continuación se estudia la causal descrita en el artículo 8, numeral 1, literal h) de la Ley 80 de 1993, cuyo propósito consistió en evitar la manipulación de un procedimiento de selección, prohibiéndole contratar con el Estado al representante legal o al socio de una persona jurídica que presentara propuesta en un procedimiento de selección, luego de que otro representante legal o socio de una persona jurídica distinta lo hiciera, siempre y cuando entre ambos existiera

---

<sup>1</sup> 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 de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian A. Díaz Díez, 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 la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

una relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad o en segundo de afinidad.

## **1. Constitucionalidad de la causal de inhabilidad por el parentesco entre proponentes en un mismo procedimiento de selección**

En la Sentencia C-415 de 1994, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 8, numeral 1, literal h) de la Ley 80 de 1993. El actor planteó cuatro cargos en la demanda de inconstitucionalidad de la siguiente manera: limitación legal, consecuencias de la exclusión de la licitación o concurso, libertad de asociación y buena fe. En el primer cargo, sostuvo que violaba el artículo 333 de la Constitución Política<sup>3</sup>, en la medida en que se restringía la actividad económica y la libre competencia, con fundamento en una formalidad que no se sustentaba en el bien común, y que llevaba a los interesados en contratar con el Estado a presentar propuestas de forma acelerada. Además, afirmó que permitía que un pariente presentara ficticiamente ofertas para luego negociar su salida, o que un tercero, mediante la vinculación de parientes de un eventual competidor, lograra sustraerlo del negocio.

En el segundo cargo, el demandante afirmó que la prohibición afectaba principios constitucionales y derechos fundamentales, y que era incompatible con la filosofía que guía la intervención del Estado en la economía, es decir, con la idea de distribuir equitativamente las oportunidades, y con el principio de imparcialidad de la función administrativa. Adicionalmente, señaló que propiciaba que el «excluido» fuera objeto de un tratamiento desigual en relación con los parientes que formalizaron en primer término su oferta, desconociendo su personalidad jurídica, sus objetivos individuales y sociales, su derecho al trabajo, su libertad de profesión, su derecho a la libre competencia y, entre otros, su derecho a participar en el ejercicio del poder público.

En el tercer y en el cuarto cargo, el ciudadano reiteró sus consideraciones, al señalar que se violaba el derecho a asociarse y el derecho a acceder a la

---

<sup>3</sup> «Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

»La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

»La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

»El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

»La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación».

propiedad. Esto en la medida que, por un lado, las sociedades dedicadas a contratar con el Estado se abstendrían de vincular como socios o administradores a quienes pudieran dar lugar a la prohibición, y por otro, la ley presumía que la «mera relación de parentesco» suscitaba maniobras dolosas, evadiendo el principio de buena fe, dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política<sup>4</sup>.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional sostuvo que lo que restrinja la actividad económica y la libre competencia debe ser serio y razonable, de manera que bien podrá realizarse cuando así lo exija el interés general, el medio ambiente y el patrimonio cultural. Sin embargo, destacó que: *i)* la imposibilidad de contratar con el Estado, aun cuando es una limitación, no se ubica en el «campo de la libertad económica», sino en la regulación de la función pública establecida en un Estatuto General de Contratación de la Administración pública, por lo que la ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad; *ii)* la colaboración del particular no convierte la materia contractual estatal en privada, pues esta corresponde a una actividad pública, en la medida en que su objetivo es satisfacer el interés general, y no los intereses particulares; *iii)* la competencia entre los proponentes resulta favorable y provechosa para el interés público, y asegura la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado, pues «No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia [...] La ley asume que por regla general el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar se sobrepone al de competencia material entre sus miembros»<sup>5</sup>; y *iv)* la ley debe evitar los escenarios de colusión y nepotismo, por lo que las consecuencias de esta limitación se fundamentan en la finalidad de la prohibición en sí misma.

Frente a la exclusión de la licitación, la libertad de asociación y la buena fe, la Alta Corporación reiteró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades origina una pérdida de libertad, pero que ello hace parte de la competencia del legislador al expedir un estatuto contractual. Por ello, «Las consecuencias negativas que ellas engendren a sus destinatarios, en términos de reducción de su libertad y de sus posibilidades de acción, en modo alguno las torna inconstitucionales»<sup>6</sup>. Además, el ingreso o la salida de la persona que se enmarque en el supuesto de hecho de la prohibición no es inconstitucional, a no

---

<sup>4</sup> «Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>6</sup> Ibid.

ser que la exclusión sea de forma arbitraria e ilegal. De esta forma, se declaró la exequibilidad de la causal.

Aunque se comparte la exequibilidad de la disposición, en tanto persigue fines necesarios para la selección objetiva en la contratación estatal, se cuestiona un aspecto transversal al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y es el tema de las garantías procesales, pues se tiene como regla absoluta la responsabilidad objetiva, no importa que, eventualmente, los proponentes demuestren que nunca conocieron a sus parientes, se encuentran alejados o no tienen relación alguna.

## **2. Análisis detallado de la literalidad del artículo 8, numeral 1, literal h) de la Ley 80 de 1993**

El artículo 8, numeral 1, literal h) de la Ley 80 de 1993 dispone que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales «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». Antes de discutir sus presupuestos, se mencionará dos (2) aspectos generales: por un lado, la finalidad que persigue y, por otro, su clasificación en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En primer lugar, Juan Ángel Palacio Hincapié sostiene que esta causal evita que se «maneje» la licitación en interés de los oferentes, pues era usual que varios proponentes acordaran establecer, por ejemplo, precios artificialmente altos o propuestas acomodadas, de ahí que la selección no fuera lo suficientemente objetiva, y se buscara garantizar una participación más amplia en la contratación<sup>7</sup>. Por su parte, Bertha Rosero Melo considera que la ausencia de esta imposibilidad para celebrar contratos transgrede el principio de transparencia y el principio de igualdad, impide obtener la oferta más favorable en la contratación y permite la colusión o los arreglos fraudulentos entre los proponentes<sup>8</sup>.

En sentido similar, Jaime Orlando Santofimio Gamboa retoma la posición de la jurisprudencia constitucional, al sostener que esta causal no establece una restricción injusta, en tanto evita que se elijan contratistas de núcleos familiares con presencia múltiple en el procedimiento, que se manipule la información y que se acomoden las propuestas de forma que se entorpezca la selección objetiva y las

<sup>7</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S. 2020. p. 130.

<sup>8</sup> ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Contratación estatal. Manual teórico – práctico. 4ª Edición. Bogotá: Ediciones de la U. 2019. p. 286.

garantías de igualdad de los proponentes<sup>9</sup>. En esos términos, la finalidad de esta disposición consiste, básicamente, en impedir que las relaciones de parentesco obstaculicen la competencia leal que debe surtirse en el mercado de la contratación pública.

En segundo lugar, la clasificación de esta prohibición en «causal de inhabilidad» o «causal de incompatibilidad» es discutible, puesto que existen varias conclusiones a partir de análisis no necesariamente incompatibles. De un lado, el legislador estableció esta prohibición en el literal h) del numeral 1, el cual prescribe que «son *inhábiles* para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales». Así, hace parte del listado de inhabilidades que se supone se encuentran en este numeral, a diferencia del numeral 2, donde si bien no se menciona el concepto de «incompatibilidad» en el enunciado, las causales a), e) y f)<sup>10</sup> se describen de esa forma. Una conclusión distinta podría darse a partir de lo dicho por el mismo legislador, pues en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se explicó que estas disposiciones especiales relacionadas con la capacidad para celebrar contratos estatales se dividían en «inhabilidades» e «incompatibilidades»: las primeras son circunstancias imputables al contratista, que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado, y las segundas se configuran a partir de la celebración de un contrato circunscrito y por un tiempo igualmente señalado en razón a «vinculaciones de orden laboral, vínculos de *parentesco*, vínculos de afecto o de interés»<sup>11</sup>.

Clasificarla de una u otra forma dependerá de la definición que se adopte de cada una y de la posición que se analice lo ocurrido. Es decir, si se entiende que las inhabilidades son «consecuencias» ante una conducta reprochable, y las incompatibilidades situaciones que «riñen» o «chocan» entre sí, y que afectarían la selección objetiva del contratista, bien podrá la causal del literal h) enmarcarse en esta categoría, y no en aquella. Esto resultaría coherente si se asume que quien tendría la incompatibilidad sería el representante legal o el socio de la

---

<sup>9</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida. Tomo IV. 1ª Edición. 2da Reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006. pp. 415 y 416.

<sup>10</sup> «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», «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» y «f) [...] Esta *incompatibilidad* también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público».

<sup>11</sup> ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>.

sociedad, pero como se verá más adelante, el sujeto pasivo es estrictamente la persona jurídica. Ahora, si se define la «inhabilidad» en términos generales, esto es, como cualquier situación que afecte la capacidad del sujeto que presenta la propuesta, podría enmarcarse como tal.

A partir de lo anterior se resalta que la falta de precisión de este régimen obedece a la poca rigurosidad del legislador al crear la disposición —tanto que incluso las causales se encuentran dispersas—, y a la ausencia de un análisis teórico que permita configurar una definición —aunque, claro está, ello remite a que los elementos legales y jurisprudenciales permitan consolidar una interpretación coherente—.

Dicho lo anterior se estudiarán los presupuestos de la literalidad de la disposición. En un primer momento, se resalta que el legislador excluyó de esta «inhabilidad» para contratar con el Estado a las «sociedades anónimas abiertas», lo que permite cuestionar el tratamiento diferencial con las otras tipologías, esto es, remite a examinar por qué solo se excluyeron estas, y por qué no, por ejemplo, las sociedades anónimas cerradas o cualquier otra en la cual el capital fuera el elemento predominante.

A nivel doctrinario, Reyes Villamizar define a la sociedad anónima como el prototipo de las sociedades de capital, de ahí que el elemento *intuitu rei* se refleje en diversos rasgos de su regulación normativa, tales como la limitación del riesgo de los accionistas hasta el monto de lo aportado, la libre negociabilidad de las acciones y la administración de los negocios sociales mediante gestores temporales y revocables. En cuanto a la administración y la representación legal, como la categoría de «sociedad anónima» la emplean empresas de grandes dimensiones, su estructura es más compleja, de manera que al órgano de dirección —la asamblea general de accionistas— se le suma el órgano de administración —denominado junta directiva— cuya función consiste en la representación legal de la sociedad. Así las cosas, en principio los accionistas no participan en la administración de los negocios sociales, por lo que no es necesario fiscalizar permanentemente los libros y los demás documentos sociales<sup>12</sup>.

Para la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la tesis de José Ignacio Narváez, las «sociedades anónimas abiertas» son aquellas cuyos títulos se emiten y están destinados a ser suscritos por el público, de manera que cualquier persona pueda adquirirlos directamente o a través de comisionistas de bolsas de valores, porque su colocación y su negociación no están sometidas a restricciones legales o estatutarias. Cosa distinta sucede con las «sociedades

---

<sup>12</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis. 2006. pp. 76 – 80.

anónimas cerradas», en las cuales las acciones pertenecen a un reducido número de personas, evitando que sean adquiridas por extraños mediante restricciones como el derecho de preferencia o el derecho de acrecimiento en favor de la compañía y sus accionistas<sup>13</sup>.

En efecto, la sociedad anónima abierta es un tipo societario en el cual su regulación complejiza analizar la «idoneidad jurídica» de cada uno de sus socios, pues cualquiera puede formar parte de ella. Sin embargo, este argumento podría extenderse a las demás sociedades de capital, en las que las características de las personas no son relevantes, por lo que cualquiera sería un candidato idóneo para ser socio, siempre y cuando tuviera capital. Aunque la negociación de las acciones en la bolsa potencia el desconocimiento del socio, este también se presenta cuando las calidades personales ni siquiera se evalúan para que una persona haga parte de una sociedad de capital. Así, aunque no se trata del alcance actual de la disposición, se considera que bien podría el legislador extender la inhabilidad al órgano de dirección de la sociedad anónima abierta, es decir, a su gerente, más aún cuando este es elegido, pues su cargo no es ocupado por cualquier sujeto. De esta manera la disposición respetaría el derecho a la igualdad.

Otro aspecto relevante se encuentra en el sujeto pasivo de la norma. Cuando se establece que las «sociedades» no pueden contratar con el Estado cuando su representante legal o sus socios tengan parentesco con otro representante legal o con cualquiera de los socios de otra sociedad, no se está señalando que la persona natural que ocupa el cargo de representante legal o la persona natural o jurídica que es socia está «inhabilitada», sino que se hace referencia a la persona jurídica a la que pertenece.

De esta forma, esta prohibición solo se aplica a las personas jurídicas – sociedades–, y no a las personas naturales, aun cuando estas puedan tener el cargo de «representante legal». Aunque a partir de una interpretación teleológica se podría concluir que la intención del legislador era impedir la manipulación del procedimiento de selección entre personas con el parentesco descrito, y que resultaría ilógico que no se les extendiera a las personas naturales, lo cierto es que la disposición no los incluye, no fue así como el legislador plasmó en palabras la causal, de manera que permitir una interpretación teleológica, además de resultar subjetiva por desconocer la intención del legislador de la época, amplía supuestos de hecho que son limitantes de derechos, y que exigen

---

<sup>13</sup> SUPERSOCIEDADES. Oficio 220-60163. Asunto: Sociedad anónima abierta. [En línea]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/3391.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/3391.pdf)

una interpretación estricta. No es posible ampliar el significado de cada palabra, de cada signo, de cada oración, a partir de lo que se quiere lograr con la norma.

Un apunte adicional surge respecto de la posibilidad de subsanar este requisito luego de evidenciar el parentesco entre los representantes o socios de dos personas jurídicas que presenten ofertas. Para ello se tiene en cuenta que un representante legal de una sociedad no necesariamente debe ser su socio, basta que sea capaz en los términos del Código Civil y que sea elegido por un acuerdo de voluntades. Con base en esta afirmación se cuestiona si el representante legal de una sociedad puede renunciar a su cargo, al percatarse que tiene parentesco en los términos del literal h) con otro representante legal de una sociedad que presentó una propuesta de forma previa, y si, en consecuencia, se sana la inhabilidad.

No existe una respuesta única, pues la causal no determinó un periodo para que la inhabilidad se configure: por un lado, bien podrá argumentarse que la capacidad jurídica no es un requisito que otorgue puntaje, sino uno habilitante, por lo que la inhabilidad podría sanearse nombrando otro representante; pero por otro lado se podrá sostener que hay elementos que se examinan con corte a la presentación de la oferta, por lo que la «inhabilidad» de la sociedad se configura al instante de presentarla.

Otro presupuesto que requiere analizarse para precisar el alcance de la causal está en el parentesco. El literal h) dispone que el fundamento de la prohibición se encuentra en el «parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Conceptualmente, el artículo 35 del Código Civil define el «parentesco por consanguinidad» como 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. Por su parte, el artículo 47 *ibidem* define la «afinidad legítima» como la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer: «La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo».

En esa medida, la causal no incluye los vínculos conyugales, las uniones maritales de hecho, ni tampoco el parentesco civil, frente a lo cual nuevamente podría plantearse que resultaría necesario extender la causal, porque sería ilógico que el legislador no contemplara estas circunstancias, en tanto, por un lado, si existe prohibición por el parentesco de afinidad, en razón del vínculo matrimonial, este también debería estar cubierto, y por otro, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido los mismos efectos del parentesco consanguíneo al parentesco civil. No obstante, se reitera que la literalidad de la disposición no los incluyó, y aunque hacerlo resultaría coherente con la finalidad de la norma,



ello no justifica que al intérprete le corresponda «corregir» los errores del legislador una y otra vez, en detrimento de garantías constitucionales, y «hacerle decir» a un enunciado aquello que no dice, no porque la interpretación en sí misma se considere inapropiada, sino por la materia que se está extendiendo: una prohibición. Si se asumiera que el criterio para decidir qué se incluye en lo dicho por el legislador fuera la posibilidad de colusión y de falta de objetividad en la selección del contratista, resultaría también lógico que se incluyeran los novios y los amigos. Ahora, con la interpretación restrictiva, la contratación no queda desprovista de herramientas para evitar fraudes en el procedimiento de selección, pues el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 establece causales de conflicto de intereses.

Un aspecto interesante surge a partir de lo que afirma Bertha Rosero, quien dispone que en esta causal se tiene presente que la muerte del cónyuge y la disolución del matrimonio disuelve el vínculo para efectos de la incompatibilidad por parentesco o afinidad, de conformidad con el último inciso del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007<sup>14</sup>. En principio, pareciera que este apartado no tiene implicaciones en la causal, al no incluir las relaciones conyugales ni maritales. Sin embargo, al incluir el parentesco por afinidad —que depende de un vínculo matrimonial— se le encontraría un fundamento.

Ahora, una discusión que subyace del «parentesco por afinidad» se encuentra en su definición, en la cual se observa que la afinidad existe entre una persona que está casada o que ha estado casada y los consanguíneos legítimos. ¿Sería posible concluir que el parentesco por afinidad no se disuelve, aunque el vínculo conyugal se haya disuelto, bien sea por muerte o por alguna otra causal de divorcio? En la Sentencia C-125 de 2013, un ciudadano demandó la constitucionalidad parcial del artículo 47 del Código Civil. Aunque la Corte Constitucional menciona que, de conformidad con la disposición, el vínculo por afinidad se tiene respecto de los parientes por consanguinidad del cónyuge y se preserva aún después del divorcio con los consanguíneos del excónyuge, en la parte resolutive se declaró inhibida para decidir, por lo que no existía claridad, hasta que el último inciso del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 se pronunció al respecto<sup>15</sup>.

Como si las discusiones no hubieran sido pocas respecto del parentesco, el literal h) dispone que la inhabilidad se presenta cuando «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». En principio, es claro que no se incluye el tercer grado, ni el cuarto, ni los siguientes, pero ¿qué pasa con el primer grado? La redacción de la

<sup>14</sup> ROSERO. Op. cit., p. 286.

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-125 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

disposición dice «en segundo grado», y no «hasta el segundo grado». Según el Diccionario de la Lengua Española, «en» denota «en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere», mientras que «hasta» se entiende como el «límite máximo de una cantidad variable».

Así pues, la preposición «en» indica que el parentesco que se cubre es el segundo; mientras que la preposición «hasta» incluye un rango, es decir, el primero y el segundo. No podría argumentarse que con la preposición «en» se quería incluir al primero, cuando en otras disposiciones sí se empleó la preposición «hasta», por ejemplo, el artículo 8, numeral 2, literal b) dispone que no podrán contratar con el Estado «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 [...]».

Dos aspectos restantes para analizar de la literalidad de la disposición son la presentación de la oferta y la modalidad de selección. Por un lado, no resulta complejo concluir cuándo se presenta formalmente una propuesta, de ahí que, por ejemplo, la prohibición no se aplique cuando dos personas con parentesco, en los términos del literal h), presenten observaciones a los pliegos de condiciones de un mismo procedimiento de selección, ni tampoco cuando acudan a la audiencia de asignación de riesgos y aclaraciones. ¿Qué sucedería si la oferta se presenta, pero de forma incompleta? El supuesto de hecho de esta inhabilidad prescinde de un análisis de los requisitos habilitantes y de los criterios de evaluación, por lo que independientemente de si la primera propuesta no era idónea ni cumplía los requisitos del pliego de condiciones, la segunda no podría presentarse.

Por otro lado, la causal h) dispone que la inhabilidad se presenta cuando se trata de una misma licitación. ¿Qué pasa con las otras modalidades? Para Jorge Pino Ricci, las causales de los literales g) y h) se refieren expresa y específicamente al caso de la licitación o concurso, y no a la contratación directa, por lo que destaca que no debería existir diferencia entre las modalidades para efectos de aplicar las inhabilidades<sup>16</sup>. Aunque en la actualidad su afirmación es imprecisa, en la medida en que en la contratación directa no habría lugar a que se presentaran ofertas, lo cierto es que no se comprende por qué la causal, luego de las modificaciones al EGCAP, no fue extendida a las modalidades en las cuales el procedimiento es abierto, por ejemplo, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía. No podría afirmarse que la noción de «licitación» incluye las demás modalidades, pues el artículo 2, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007 prescribe una definición particular para ella, distinguiéndola de las otras.

---

<sup>16</sup> PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 111.

Este interrogante se traslada a las entidades exceptuadas. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 expone que están sometidas al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades<sup>17</sup>, por lo que se cuestionaría si esta causal les aplica, en la medida en que bien podrán en sus manuales de contratación definir modalidades de selección autónomas, que no necesariamente se denominen como «licitación», ni se enmarquen en su definición. Con una variable adicional, el derecho privado ofrece una definición de «licitación» cuando el artículo 860 del Código de Comercio prescribe que «en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás». Así las cosas, ¿la remisión al régimen de inhabilidades supone que se deba alterar el nombre de los procedimientos de selección de las entidades exceptuadas para adecuarlos a la definición del EGCAP?

Finalmente, un aspecto general que plantea Juan Ángel Palacio consiste en precisar el orden de presentación de las ofertas. Se menciona como antecedente el artículo 4 del Decreto 679 de 1994 —derogado por el entonces Decreto 734 de 2012—, el cual disponía que las entidades estatales debían dejar constancia escrita de la fecha y hora de la presentación de la propuesta; si la oferta se enviaba por correo, se entendería por fecha y hora de presentación la que apareciera en el sello o escrito puesto sobre la oferta por el encargado de recibirla, en el momento de su llegada al sitio de entrega de las mismas que se haya fijado en los pliegos; o si la recepción hubiera sido simultánea, se entendería como recibida en primer lugar la del proponente que primero hubiera retirado el pliego de condiciones.

Actualmente, el artículo 2.2.1.1.2.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que, para 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. Lo anterior resulta relevante, pues la inhabilidad es solo para el que se presenta después del primero. Con el SECOP I, bien podrá ser esta la regulación apropiada; pero ¿qué desafíos traerá la aplicación total del SECOP II, al tratarse de un sistema

---

<sup>17</sup> «Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

transaccional? Pareciera que facilitaría determinar quién fue primero en presentar la oferta, y por ende, el primero en el derecho.

## **Bibliografía**

### **Doctrina**

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S. 2020. 859 p.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. 481 p.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis. 2006. 581 p.

ROSETO MELO, Bertha Cecilia. Contratación estatal. Manual teórico – práctico. 4ª Edición. Bogotá: Ediciones de la U. 2019. 330 p.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida. Tomo IV. 1ª Edición. 2da Reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006. 474 p.

### **Jurisprudencia**

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

### **Cibergrafía**

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

SUPERSOCIEDADES. Oficio 220-60163. Asunto: Sociedad anónima abierta. [En línea]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/3391.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/3391.pdf).