

## MEMORANDO

11.2.2  
Bogotá,

**PARA:** DIEGO OSWALDO LEÓN RIFALDO  
Grupo de Gestión Contractual

**DE:** OFICINA ASESORA JURÍDICA

**ASUNTO:** Concepto Jurídico No.033-2020. Inhabilidades Sobrevinientes. Su memorando No. 20203113026.

Respetado doctor Diego:

Para dar respuesta a la solicitud del asunto, recibida para trámite mediante memorando No. 20203113026; se emite el siguiente Concepto Jurídico.

### I. TESIS CONCLUSIVA.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, el contratista que tenga un parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con un empleado del nivel directivo se encuentra inhabilitado para ser contratista de la entidad, y al no conocerse otras disposición que regule la materia para el caso de los contratista del estado, debe anotarse que no existe ninguna disposición que señale que con el solo cambio de supervisión quede subsanada la inhabilitación anotada en precedencia, ni mucho menos que por ese solo hecho desaparezca el parentesco que presuntamente exista entre el contratista y quien ostenta el cargo del niveles directivo vinculado al ICA.

### II. PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿Existe inhabilitación sobreviniente entre el supervisor de los Contratos de Prestación de Servicios Nos. 0434-2020 firmado el 17 de enero de 2020 y 0435-2020 firmado el 15 de enero de 2020, cuyas contratistas son las señoras Diana de Jesús Ortega Consuegra y Yaleny Milena Ortega Nieto, respectivamente, quienes tienen parentesco de consanguinidad o afinidad con el Gerente Seccional ICA Atlántico, cargo Directivo de la entidad en el que fue nombrado el Doctor Pedro David Barrios con posterioridad a la suscripción del mencionado contrato, y quien funge como supervisor de los mismos?

### III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 80 de 1993

#### IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En primera instancia, resulta necesario precisar que las inhabilidades e incompatibilidades son figuras diferentes y se pueden generar unas u otras, dependiendo de la oportunidad en que se presenten.

Las inhabilidades son situaciones de hecho previas, que impiden a una persona acceder a un cargo público, participar en una licitación, contratar con el estado o postularse para ser elegido a un cargo o corporación pública.

Por otra parte, las incompatibilidades son situaciones de hecho, pero no son previas, sino que ocurren en forma simultánea al ejercicio de una función pública.

Frente al presente caso y tal como lo expone el Grupo de Gestión Contractual, se tiene que entre el Gerente Seccional ICA - Atlántico y dos de las contratistas que prestan sus servicios personales en esa seccional, existe parentesco por consanguinidad o afinidad.

Conforme se logró evidenciar en los antecedentes de la consulta, el Gerente Seccional fue nombrado en el cargo directivo con posterioridad a la suscripción de estos contratos. En razón a la naturaleza del cargo, entró a ostentar la calidad de supervisor de las referidas contratistas.

Atendiendo que la consulta realizada esta dirigida exclusivamente a determinar si la persona que tiene segundo grado de consanguinidad o afinidad con el Gerente de la seccional debe ceder o renunciar al contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión celebrado con la entidad, o si con el cambio de supervisión queda subsanada la irregularidad presentada, el estudio se ceñirá a la materia consultada.

La Ley 80 de 1993, en sus artículos 8 y 9 regula lo concerniente a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar en los siguientes términos:

"Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones 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. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994. El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los

integrantes de las parejas de un mismo sexo. (...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones 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. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 429 de 1997.

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. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Por su parte, el artículo 9 de la norma ibídem dispone:

"Artículo 9º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. (...)."

Sobre el tema objeto de debate, resulta pertinente traer a colación, pronunciamiento publicado en la página Web de Colombia Compra Eficiente (<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7522>), en donde se manifiesta lo siguiente:

"El establecimiento de causales sobrevinientes en un contrato estatal no contraria la Constitución. « (...) En nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquéllo no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. (...)»

Razones de la decisión

« (...) Considera la Corte que la naturaleza misma de los efectos que el mandato legal estatuye para las distintas hipótesis en él reguladas impide cualquier relación entre aquéllos y la apreciación de situaciones individuales de orden subjetivo, ya que -se repite- lo que se busca es impedir la contratación o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en los principios de la Carta Política que inspiran la gestión administrativa.

Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental. (...)

Y no es el caso de indemnizar al contratante que en esas circunstancias renuncia ni al licitante o concursante que debe retirarse del proceso administrativo de selección, pues los eventuales daños que puedan sufrir no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídicas provenientes de la administración, sino del hecho sobreviniente que consiste en la imprevista presencia de las causas de inhabilidad o incompatibilidad. Así, pues, no se configuran los presupuestos contemplados en el artículo 90 de la Constitución, a cuyo tenor "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas" (...)

Corresponde ahora realizar el análisis concreto de la hipótesis consultada frente a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, que señalan que no podrán celebrar contratos estatales con la entidad respectiva 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, entre otros.

Si la anterior circunstancia se configura después de celebrado el contrato, el contratista lo cederá previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Para saber si la anterior hipótesis se configura y debe procederse como lo dispone la norma, debe verificarse el parentesco entre contratista y funcionario por un lado, y que el funcionario público desempeñe un cargo del nivel directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, entre otros.

Dentro de los insumos que se proporcionan con la consulta no se suministran pruebas o insumos que permitan establecer si se configura el supuesto parentesco, mal podría entonces afirmarse o negarse tal hecho.

Con respecto a la naturaleza del cargo de los Gerentes Seccionales Atlántico en la planta del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, tenemos que el mismo es considerado del nivel directivo.

En caso de existir un parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil entre los contratistas y quien ostenta el cargo del niveles directivo, (Gerente Seccional Atlántico), debe procederse como lo consagra el art. 9 de la ley 80 de 1993, es decir, debe ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Las normas transcritas y los racionios que se hagan para analizar su configuración o no, simplemente exigen un análisis razonable y objetivo, a tal punto, que si se dan los elementos para su materialización, se aplican las hipótesis establecidas en la norma que regula la materia.

Ante la claridad que ofrece la lectura de los artículos 8 y 9 de la ley 80 de 1993, debe recordarse el principio de interpretación consagrado en el artículo 27 del Código Civil, que señala: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

En palabras más claras, donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo.

Importante es la anterior claridad, dado que no existe ninguna disposición que señale que con el solo cambio de supervisión quede subsanada la inhabilidad anotada en precedencia, ni mucho menos que por ese solo hecho desaparezca el parentesco que presuntamente exista entre el contratista y quien ostenta el cargo del niveles directivo vinculado al ICA.

Finalmente debe anotarse que el Grupo de Gestión Contractual del Instituto Colombiano Agropecuario, según lo señalado en la resolución No. 00017943 de 2019, tiene entre sus competencias, velar por el estricto cumplimiento de los principios rectores de la contratación y la función administrativa, asesorar a los servidores públicos del Instituto respecto de los requisitos de ejecución de los contratos, atender consultas y dar respuestas a comunicaciones relacionadas con la contratación, así como impartir directrices en lo referente a la Gestión Contractual, entre otras.

## **V. CONCLUSIÓN FINAL.**

De acuerdo con lo expuesto, se considera procedente concluir que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, el contratista que tenga un parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con un empleado del nivel directivo se encuentra inhabilitado para ser contratista de la entidad.

Ante la claridad que ofrece la lectura de los artículos 8 y 9 de la ley 80 de 1993, y al no conocerse otras disposición que regule la materia para el caso de los contratista del estado, debe anotarse que no existe ninguna disposición que señale que con el solo cambio de supervisión quede subsanada la inhabilidad anotada en precedencia, ni mucho menos que por ese solo hecho desaparezca el parentesco que presuntamente exista entre el contratista y quien ostenta el cargo del niveles directivo vinculado al ICA.

Independiente de la decisión que se adopte por las áreas competentes, en materia de la posible configuración de una inhabilidad sobreviniente en cabeza de un contratista por causa del parentesco con un funcionario del nivel directivo, debe resolverse de fondo el impedimento planteado por quien ejerce la supervisión de los contratos números 0434-2020 y 0435-2020, en el sentido que corresponda.

Cordialmente,

**JUAN FERNANDO ROA ORTIZ**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Respuesta a: Radicación No. 20203113026 del: 22/05/2020  
C.C.: Subgerencia Administrativa y Financiera  
Gerencia Seccional Atlántico  
Linda Luz Evelyne Barbosa Diaz / Oficina Asesora Jurídica  
Pedro David Barrios Nieto / Gerencia Seccional Atlántico  
Carlos Anibal Vides Reales / Oficina Asesora Jurídica  
Elaboró: Nsv