UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL POR LA CAUSAL DE PARENTESCO, UNA LECTURA DESDE EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Luz Dary Cuevas Muñoz

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C. 2014

EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL POR LA CAUSAL DE PARENTESCO, UNA LECTURA DESDE EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Luz Dary Cuevas Muñoz

Trabajo de investigación presentado para optar al título de Magister en Derecho

Doctora AURA CATALINA MARTÍNEZ

Directora

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C. 2014

Agradezco a Dios por acompañarme en todo momento y por poner a tantas personas buenas en mi camino y dedico este trabajo a mis padres por su confianza y cariño, a mis hermanos por su apoyo y consejo, a mis sobrinos porque me motivan a ser un ejemplo, a mis amigos por darme tanto ánimo, a mi Directora por su total disposición, profesionalismo y sus valiosos aportes y sobre todo a mi esposo y mi hija porque con su amor, compañía, paciencia y ayuda me han llevado a culminar este trabajo.

RESUMEN

Título:

EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL POR LA CAUSAL DE PARENTESCO, UNA LECTURA DESDE EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Resumen:

En el presente trabajo de grado, se realiza una exposición sobre el régimen de inhabilidad e incompatibilidad en materia de contratación estatal, compilando y analizando normas que contienen algunas causales que restringen la participación de proponentes en los procesos de selección y la ejecución de los objetos contractuales por parte de los contratistas, en especial las establecidas con ocasión al parentesco. Para efectuar tal análisis se partió de las definiciones de los conceptos de capacidad jurídica, parentesco, inhabilidad e incompatibilidad y sus diferencias, posteriormente se describen los principios aplicables a la contratación estatal, como son los de la función pública, los del Estatuto General de la Contratación, los particulares del derecho administrativo y otros establecidos por la doctrina, se hizo énfasis en la relevancia del principio de transparencia como fundamento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para lo cual se estudió el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, presentando un análisis crítico de la aplicación como regla del mismo y la necesidad de entenderlo como un postulado de carácter general.

Palabras clave:

Contratos estatales; parentesco; inhabilidades e incompatibilidades; principios; transparencia.

ABSTRACT:

In this undergraduate project, the inability and incompatibility regime on government hiring is exposed, compiling and analyzing policies that contain some reasons that restrict the participation of proponents in the selection processes and the implementation of contractual objects by contractors, especially the established as a result of kinship. To make such analysis, we start off of the definitions of the legal capacity, kinship, inability and incompatibility concepts, and the differences between each other. Then, we describe the relevant principles ongovernment hiring as public service, the Hiring General Bylaw, the concerning to the administrative law, and others established by doctrine. We emphasized in the relevance of the transparency principle as a basis of the inability and incompatibility regime, studying article 24, Law 80 of 1993, showing a critical analysis of the implementation and the necessity of understand it as a general nature postulation.

Keywords:

State contracts; kinship inability and incompatibility; principles; transparency.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION **1**

I. **CAPITULO**

1.1. Las Inhabilidades E Incompatibilidades En La Contratación Estatal a Partir de la Constitución de 1991. **3**

1.1.1. Capacidad y Competencia para Contratar **4**

1.1.2. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION: **5**

1.1.3. CAPACIDAD DEL CONTRATISTA **8**

1.2. Concepto de Inhabilidad e Incompatibilidad y sus Diferencias. **12**

1.3. Parentesco **15**

1.3.1. Parentesco Por Consanguinidad **15**

1.3.2. Parentesco Por Afinidad **16**

1.3.3. Parentesco Civil **16**

1.3.4. Terminación del parentesco **16**

1.4. Causales de Inhabilidad e Incompatibilidad en la Contratación Pública por parentesco. **17**

1.4.1. Ley 80 de 1993 **17**

1.4.2. Ley 1296 de 2009 **19**

1.4.3. Ley 734 de 2002 **20**

1.4.4. Ley 1150 de 2007 **20**

1.4.5. Ley 1474 de 2011 **20**

1.5. Principios que Orientan la Contratación Estatal **23**

1.5.1. Principios de la Función Pública Artículo 209 Constitución Política **26**

1.5.1.1. Igualdad

1.5.1.2. Moralidad

1.5.1.3. Eficacia

1.5.1.4. Economía

1.5.1.5. Celeridad

1.5.1.6. Imparcialidad

1.5.1.7. Publicidad

1.5.2. Principios Estatuto General de la Contratación artículo 23 y ss ley 80 de 1993. **29**

1.5.2.1. Transparencia

1.5.2.2. Responsabilidad

1.5.2.3. Economía

1.5.3. Principios Particulares del Derecho Administrativo Artículo 3 Ley 1437 de 2011. **37**

1.5.3.1. Debido Proceso

1.5.3.2. Buena Fe

1.5.3.3. Participación

1.5.3.4. Coordinación

1.5.4. Otros Principios Establecidos por la Doctrina **40**

1.5.4.1. Automaticidad

1.5.4.2. Libre acceso:

1.5.4.3. Concurrencia

1.5.4.4. Sujeción al pliego de condiciones

1.5.4.5. Selección objetiva

1.5.4.6. Autonomía De La Voluntad
1.5.4.7. Consensualidad

1.5.4.8. La influencia del Estado en la Economía
1.5.4.9. Planeación del Gasto
1.5.5. Principios que Orientan las Causales de Inhabilidad e Incompatibilidad en la Contratación Estatal por Parentesco **43**
1.5.5.1. Principio De Moralidad
1.5.5.2. Principio de Transparencia

II. CAPITULO.

2.1. CAUSALES DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO LEGAL **49**
2.1.1. Constitución Política **50**
2.1.2. Ley 4 de 1992 **51**
2.1.3. Decreto 1421 de 1993 **51**
2.1.4. Ley 80 de 1993 **52**
2.1.5. Ley 142 de 1994. **56**
2.1.6. Ley 136 de 1994 **58**
2.1.7. Ley 489 de 1998 **58**
2.1.8. Ley 610 de 2000 **58**
2.1.9. Ley 685 de 2001 **59**
2.1.10. Ley 734 de 2002 **59**
2.1.11. Ley 1150 de 2007 **60**
2.1.12. Ley 1474 de 2011 **60**
2.1.13. Ley 1562 de 2012 **64**

CONCLUSIONES **66**

BIBLIOGRAFIA **67**

INTRODUCCION

El régimen de contratación estatal como parte de la actuación administrativa y regida en el marco del derecho Público, tiene como deber desarrollarse de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, adicionalmente su interpretación debe hacerse en consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, con los principios particulares del derecho administrativo y con arreglo a los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, es decir, el de transparencia, de economía y de responsabilidad entre otros.

El principio de transparencia en el ámbito público busca impedir actuaciones arbitrarias de los servidores públicos en ejercicio de sus competencias y atribuciones. En materia de contratación estatal, busca garantizar la imparcialidad en las actuaciones administrativas contractuales, así como la selección objetiva e imparcial del contratista

El legislador en su afán de fortalecer los principios de transparencia y de eficiencia así como de definir políticas que regulen y controlen los procesos contractuales, ha reformado de manera reiterada el estatuto de contratación estatal, por tanto la Administración en su actividad contractual ha tenido que atravesar y adaptarse a múltiples cambios en los últimos años.

Un tema que ha sido materia de cambio, es la regulación sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal; en el cual se establecen las causales restringen particularmente la capacidad jurídica que tienen determinadas personas para participar en procesos de selección de contratistas o para celebrar o ejecutar contratos con el Estado; éstas han sido ampliadas, con el fin de garantizar el cumplimiento del principio de transparencia.

Es allí, donde surge el interrogante de ¿si la norma realmente garantiza el principio de transparencia?, ya que actualmente se han expedido un sinnúmero de normas en las cuales taxativamente se han dispuesto causales de inhabilidad e incompatibilidad en materia de contratación estatal, entre ellas se establecieron algunas por parentesco, sin embargo al analizar las mismas se puede observar que no es clara la justificación para establecer los grados y las líneas del mismo, tal es el caso de la modificación realizada mediante el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, con respecto al Decreto 222 de 1983, en el que se disminuyeron los grados de consanguinidad de cuarto 4 a 2 segundo sin que en la exposición de motivos de la Ley se hubiese pronunciado sobre el fundamento para realizar tal cambio.

Conforme a lo expuesto, esta investigación pretende analizar el problema jurídico: ¿A partir de la vigencia de la Constitución Colombiana de 1991, cuál es el alcance del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en razón al parentesco en la participación en los procesos

de selección y la celebración de contratos estatales en Colombia, a la luz del principio de transparencia de la Contratación estatal?

Partiendo de la hipótesis que si bien es cierto que el principio inspirador y orientador del régimen de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal por la causal de parentesco es el de transparencia que se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, en la interpretación sistemática de las diferentes disposiciones sobre el tema se puede colegir que en el Estatuto de Contratación Estatal la transparencia no es desarrollada como un principio sino como una norma propiamente dicha ya que se incluyen postulados sobre selección objetiva, publicidad y derecho a la contradicción, pero en realidad su desarrollo se ocupa en su mayoría de regular procedimientos y requisitos específicos del trámite contractual y de algunos documentos que se producen con ocasión de la misma actividad contractual.

Adicionalmente, los criterios que determinan y limitan las líneas y los grados de parentesco, utilizados para clasificar las inhabilidades e incompatibilidades para participar en los procesos de selección y para suscribir y ejecutar contratos con el Estado no obedecen a un estudio que determine la realidad y las necesidades de la sociedad actual que pueda garantizar la selección objetiva y la imparcialidad, ya que, en algunos casos se evidencia que se favorecen los intereses particulares por parte de algunos individuos que tienen injerencia en la selección de contratistas, tales como los parientes en tercer o mayor grado de consanguinidad o afinidad de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o de las personas que ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Por tanto, se considera que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, estipuladas en el estatuto contractual Colombiano, deben entenderse y tipificarse sobre las necesidades reales del trámite de selección de contratistas, para ello es necesario identificar, unificar y determinar las situaciones que tienen un alto impacto en la objetividad para escoger al mejor proponente, sin embargo dado que es casi imposible contemplar todas las situaciones que puedan beneficiar ese interés particular, se debería aplicar de manera eficaz una norma general, es decir un principio, que busque restringir la participación, adjudicación o ejecución de los contratos a personas que tengan lazos de afecto con personal que pertenezca a las entidades contratantes y que gocen de poder de decisión sobre tales asuntos. Para ello es necesario replantear el principio de transparencia del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dado que de la manera en que quedo planteado no es posible aplicarlo como un postulado general.

En este orden de ideas, lo que se busca en este trabajo de investigación es lograr demostrar el grado de correspondencia entre las causales tipificadas por parentesco en que el actual régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal en Colombia por parentesco en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución Nacional, no responde al principio de transparencia del artículo 24 del Estatuto General de la Contratación Pública.

I CAPITULO.

1.1. LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LA CONTRATACION ESTATAL A PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 1991.

El legislador al momento de determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, tuvo como móvil principal un fin moralizador, para lo cual estableció causales basadas en circunstancias que recaen en la conducta esperada del servidor público o como sanción al contratista incumplido; así como, la inhabilidad por declaratoria de responsabilidad penal, fiscal o incluso disciplinaria. No obstante lo anterior, paulatinamente se han adicionado otras causales con una motivación diferente como la protección a las obligaciones laborales verbigracia, la causal de inhabilidad por el no pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales. Esa dinámica también ha cobijado el punto de la interpretación en cuanto que ha ido de la posición restrictiva a la posición finalista, esfuerzos todos por conseguir que el principio de transparencia sea efectivamente aplicado y garantizado (Pino, 2005,105).

Ahora bien, al analizar las causales de inhabilidad e incompatibilidad de la contratación pública en Colombia se evidencia que no existe una norma que las recopile, una introducción constante de nuevas causales y la falta de una motivación al establecer las mismas, esta situación no ha permitido que se tenga claridad real, certeza del régimen vigente y además que no se pueda advertir, la necesidad de incluir otras situaciones que ameritarían ser tenidas en consideración. Lo que ha generado que el operador de la norma no las aplique por desconocimiento y en nuestra sociedad descontento respecto de los resultados de la contratación pública, debido a que la comunidad percibe grados de corrupción permeados por intereses personales por parte de los funcionarios de la Administración contratante respecto de los proponentes o contratistas.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en nuestro ordenamiento jurídico, está basado en una limitación de derechos a partir del establecimiento de prohibiciones por razones de interés público, este régimen se fundamenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el particular, además que se busca pulcritud y transparencia en el manejo de los recursos presupuestales vinculados a la contratación estatal, de allí que se evite el conflicto de intereses.

Este régimen constituye una prohibición para contratar con el Estado, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para quienes ostentes ciertos grados de parentesco, para los contratistas que no ejecutaron en forma debida los contratos estatales, para los responsables judicialmente por delitos contra la Administración, entre otros; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma.

Las causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad por parentesco, buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio; como la restricción hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad con otros proponentes, representante legal o socios

del mismo, que hayan presentado formalmente propuesta a un mismo proceso, o dentro de estos mismos grados de parentesco e incluyendo el 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, o los parientes de quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos; como en el acto mismo de contratación; veribigracia las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes reguladas en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, establecidas para el contratista, caso en el cual cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución; se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la Administración puedan participar en los procesos de selección, conforme a lo resuelto por el Consejo de Estado, dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación (citado por Santofimio, 2004, 400).

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas por parentesco, a pesar de ser una de las más reguladas, son las que generan más controversia en la sociedad, puesto que para el común de la gente es más factible que un "*familiar*" incida a su favor, en una decisión de adjudicación de un contrato estatal.

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parentesco "La finalidad que se propone el Legislador es clara pues la norma pretende asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación" (CORTE CONSTITUCIONAL, MP: Martínez, 1997).

1.1.1. Capacidad y Competencia para Contratar

Desde el punto de vista legal el término capacidad significa de un lado "*la aptitud que se le atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones*" y otras veces se entiende como *"el poder que se le reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos, sin el ministerio o autorización de otras personas".* (Ospina, 2005, 86)

En el mismo sentido el maestro Valencia Zea considera que la capacidad, indica aptitud para ser sujeto de derechos o de las relaciones jurídicas, por una parte y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos introduciendo cambios o modificaciones en las relaciones jurídicas de que se es sujeto. (Valencia, 1997, 434)

De lo anterior se puede colegir que al existir una capacidad legal es una aptitud o poder en cabeza de una persona, la misma ley dispone que algunos sujetos no poseen tal atributo, instituyendo de esta manera la incapacidad legal la cual consiste en la *"la restricción de la posibilidad de intervenir en el comercio jurídico"*. (Ospina, 2005, 87). El origen normativo de este presupuesto es el artículo 1502 del CC., dado que, este condiciona la formación del acuerdo de voluntad y el nacimiento de sus obligaciones naturales a que las partes

manifiesten su voluntad así: 1) que el supuesto obligado sea legalmente capaz; 2) que cada parte manifieste su consentimiento no viciado; 3) que el acto recaiga en objeto lícito; 4) que la causa del acuerdo sea lícita, subsiguientemente el artículo 1503 de la norma en cita señala que "*toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".*

En el régimen de contratación estatal, para ser más precisos con los términos se encuentra la capacidad y la competencia. La capacidad es la aptitud del particular para obligarse válidamente con la Administración como contratista y la competencia es la atribución de la entidad estatal para celebrar el contrato.

En materia de contratación estatal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se ubica como una de las formas de incapacidad particular, la inobservancia de estas puede ocasionar una nulidad absoluta de los contratos celebrados. (Dussán, 2005, 131). Por tanto, al incurrir en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad la parte contratante puede hacerse incapaz para los fines del contrato, esto sin atender el momento en que ocurra es decir la etapa ya sea precontractual o contractual (Lamprea, 2007,265).

Dado que, el mencionado artículo 1503 indica que toda persona es capaz excepto las que declara la ley, se afirma que las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de incapacidad particular, por expresa definición legal (Lamprea, 2007,266), lo cual genera que estas sean taxativas, y nunca amparadas en una interpretación extensiva.

> "El rigor de las circunstancias que originan las inhabilidades e incompatibilidades y la severidad de su especificidad en materia contractual, no pueden romperse extendiéndolas a otras inferidas o no consagradas taxativamente. En consecuencia su interpretación debe ser restrictiva, no extensiva ni analógica y mucho menos ser fruto de la deducción del funcionario público" (Solano, 2010, 130)

Pese a que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas en ocasiones en desarrollo de los trámites contractuales, le es difícil al operador determinar si se encuentra frente a una situación que genere inhabilidad e incompatibilidad, pese a ello debe ceñirse y dar aplicación al contenido de la norma.

1.1.2. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION:

Una pluralidad de entidades son las que constituyen la Administración Pública, por tanto el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, hace referencia a la denominación de entidad estatal igualmente a la de servidor público con el fin de dilucidar, cuáles son los sujetos de la Administración a quienes se les debe aplicar el régimen de contratación estatal.

En las entidades incluye, la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las

entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

En cuanto a los servidores públicos circunscribe las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

Puede observarse que los competentes contractuales en la administración se determinan teniendo en cuenta un carácter objetivo y un subjetivo, el primero consiste en la potestad atribuida por la ley a determinada entidad estatal y el segundo en la habilitación del agente o funcionario que representa la voluntad del Estado, en este sentido podemos hablar de órgano competente y funcionario competente (Dussán, 2005, 135).

Respecto del órgano competente, ésta se encuentra condicionada a que la ley sea la que la determine, la que en forma expresa y precisa le confiera la titularidad de comprometer los recursos en los fines del Estado, dentro del derecho positivo. Dado que el desarrollo del trámite contractual solo puede ser adelantado por una entidad competente, so pena de afectar la validez del acuerdo.

De acuerdo con el Estatuto Contractual los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Esta competencia para contratar atribuida por la ley a las distintas entidades de la Administración pública, se requiere tanto para la etapa precontractual y en toda la vida jurídica del contrato, es decir, para la ejecución del objeto, para el pago, para la liquidación entre otros.

La entidad debe ceñirse a las competencias atribuidas a las mismas por la ley, y estas deben corresponder al objeto del contrato, ya que las necesidades que se pretendan satisfacer con la contratación, deben ser consecuentes con el cumplimiento de los fines estatales de

acuerdo a las funciones de tal entidad, esto amparado en que la Constitución Política en su artículo 121 indica que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley", por tanto, los contratos que se llegaren a celebrar por fuera de las competencias legales están viciados y pueden incurrir en una causal de nulidad absoluta como se deduce del art. 44 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el art. 1502 del C.C. (Dussán, 2005, 135).

Con relación a los funcionarios competentes, el Estatuto General de la Contratación enuncia quienes son competentes para dirigir licitaciones el jefe o representante de la entidad, según el caso; tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República; tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva: los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil. A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades. Y los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

El artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), dispone que los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes

La Corte Constitucional (MP: Arango. 1994) se pronunció respecto de la discusión de si el único facultado para celebrar contratos a nombre de la Nación es el Presidente de la República, se refirió al numeral 23 del artículo 189 de la siguiente manera:

> La Constitución, y la ley… señalan unos contratos cuya celebración corresponde al Presidente de la República. Función que él puede delegar, con arreglo a las leyes que así lo dispongan, según el artículo 211 de la propia Constitución. Como también pueden hacerlo otras autoridades administrativas, en las condiciones fijadas por la ley, al decir de la parte final del inciso primero del mismo artículo. Delegación esta última que se ha concretado en el artículo 12 demandado.

En la misma sentencia se cita a la Corte Suprema de Justicia compartiendo su posición:

> En veces el Estado contemporáneo no deja ver claro y fácil cuál es la dimensión y complejidad, este es todo el equívoco. Pero pretender que sea el Presidente de la República el ordenador del gasto en relación con el Presupuesto del Ministerio Público y con todos los demás presupuestos nacionales es, además, de inconstitucional, impracticable.

Por otra parte existe una discusión doctrinal sobre si en materia de contratación estatal la Ley 80 de 1993 solamente faculta a los jefes y los representantes legales de las entidades estatales a *delegar* la competencia para celebrar contratos, sin embargo esta queda resuelta con la simple aplicación del artículo 209 de la Constitución Política en donde se prescribe que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

La desconcentración normalmente se observa cuando se distribuye el trámite contractual en diversos órganos con diferentes atribuciones y responsabilidades que persiguen una finalidad común. La norma señala la estructura y manual de funciones de cada entidad, de suerte que en materia contractual, se establecen dependencias para la elaboración de estudios previos y planeación de los procesos contractuales, el análisis jurídico, económico y técnico de las propuestas.

En cuanto a delegación el Estatuto faculta a los jefes de las entidades a hacer delegaciones a nivel directivo y ejecutivo, se trata de una delegación común en la que “el superior jerárquico opta por trasladar la titularidad de unos poderes de decisión a sus subalternos, para que estos los ejerzan bajo su propia responsabilidad”. Esto a diferencia de la desconcentración en la que “se trasladan las funciones de un órgano a otro (Dussán, 2005, 135).

1.1.3. CAPACIDAD DEL CONTRATISTA

Los hechos que suceden en el mundo pueden tener o no consecuencias jurídicas, cuando hay simplemente un interés moral, material o puramente espiritual no producen consecuencias estos hechos son conocidos como materiales y son ajenos al derecho. Los hechos jurídicos son “los acontecimientos que conforme con el derecho objetivo producen la adquisición o pérdida o modificación de un derecho subjetivo”, estos pueden ser obra de la naturaleza por ejemplo el nacimiento o la muerte de un individuo o bien obra del hombre, los cuales son voluntarios o sin intención de su autor o pueden ser “manifestaciones de la voluntad hechas con la intención de producir un efecto jurídico”. (León, 1952,14)

El doctrinante León afirma que “El hecho del hombre que no tenga el carácter de voluntario, como el acto de un enajenado mental debe asimilarse a un acto de la naturaleza, pues la voluntad es lo que singulariza el acto del hombre”

Como se indicó el artículo 1502 del Código Civil dispone, entre otras que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, de otro lado el artículo 1504 del Código Civil dispone que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender, sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, dentro de las cuales se encuentran las inhabilidades e incompatibilidades

Para Escobar (2000, 96-99) "La validez de los contratos estatales en general está condicionada a que el contratista posea capacidad legal y no se encuentre incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad".

Los sujetos de derecho no siempre tienen la voluntad del negocio jurídico, ya que esta supone una mediana experiencia acerca de las relaciones jurídicas, así como conocimientos del comercio, es decir. Los sujetos los poseen gozan de capacidad de negociar. Es por lo mencionado que la doctrina distingue entre "capacidad de derecho" o "de goce" y "capacidad de obrar" y aun "capacidad negocial". (Valencia, 2000, 294).

En cuanto a la capacidad de los particulares, el concepto de persona implica una construcción jurídica, que sirve para indicar a quien se le atribuye capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, este último se fundamenta en la "potencialidad para gobernar sus bienes y poderlos hacer valer frente a los demás". (Valencia, 2000, 294).

La capacidad jurídica para ser titular de derechos civiles de orden patrimonial, consiste en que por el solo hecho de ser persona se poseen derechos en cabeza suya, así por ejemplo, los infantes, las personas jurídicas, los interdictos entre otros. Sin embargo no toda persona que tiene capacidad jurídica respecto de estos derechos, tiene capacidad de ejercicio de los mismos.

Dada la imposibilidad de regular todos los casos específicos en los que no se tiene capacidad de ejercicio la ley estableció algunas reglas generales para determinar quiénes son incapaces, tales como limitar la mayoría de edad a los 18 años y presumir que los menores de esta edad no son capaces, así como, los disipadores, los enfermos mentales, los sordomudos que no pueden darse a entender por alguna clase de lenguaje. (Valencia, 2000, 482).

Por su parte las personas jurídicas poseen capacidad negocial o de ejercicio, y la ejecutan por conducto de sus órganos, los cuales son una o varias personas naturales autorizadas por los estatutos o por la ley.

En las personas jurídicas la capacidad legal o jurídica, surge una vez tenga la personería, esta capacidad es semejante a la del goce y de ejercicio de las personas naturales, sin

embargo está limitada por su objeto, esta capacidad “comprende todas las relaciones de carácter patrimonial o económico propios del derecho privado, con excepción de algunas que pertenecen a la individualidad humana”;igualmente algunos derechos personales que no pertenecen estrictamente al humano, así como “el derecho al nombre, al ser miembro de una asociación, el derecho de tener un domicilio y otros más” (Suárez, 2010,105,106).

El Estatuto Contractual, además de concebir la contratación pública para las personas naturales y jurídicas, en su artículo 6 de la Ley 80 de 1993, establece que *“*Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”. Quiere decir lo anterior, que a pesar de que los consorcios y las uniones temporales no tienen personería jurídica, son sujetos con capacidad contractual, en términos de lo dispuesto en el Estatuto.

Uno de los errores comunes respecto de los consorcios y las uniones temporales es confundirlos con la sociedad pese a que los primeros no gozan de personalidad jurídica. Estas formas de asociación tiene su existencia y capacidad limitada al objeto del proceso de selección al cual se presentan y del que se derivará el contrato que el proponente plural pretende ejecutar, sin embargo los mismos miembros del consorcio o de la unión podrían constituir otra asociación para aspirar a que se le adjudique cualquier otro proceso contractual estatal.

El Estatuto General de la Contratación define el Consorcio así: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. Y la Unión temporal cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Se observa que la diferencia entre estas figuras consiste en el grado de responsabilidad de sus miembros dado que, en el consorcio es solidaria, de suerte que las sanciones que puedan producirse en el trámite contractual pueden afectar a todos los asociados, y en la unión temporal se imponen de acuerdo con su participación en la ejecución del contrato.

El autor Dussan (2005, 140) defiende la tesis que la ley creo las uniones temporales para aquellos “contratos cuyo objeto es complejo y cuya ejecución supone un cumplimiento de etapas o procesos separados”, por tanto no sería posible una unión de este tipo para contratos de ejecución instantánea con un objeto indivisible como la compraventa, porque en este evento no sería posible individualizar la responsabilidad de cada uno de los miembros de la asociación, para la entrega del bien, sin embargo el Consejo de Estado ha considerado

que no es posible transgredir el derecho de asociación excluyendo este tipo de asociaciones de algún proceso de selección de contratistas del Estado.

Respecto del consorcio el Consejo de Estado ha indicado que el término de duración de este depende del proceso de selección, la ejecución y liquidación del contrato, además de lo previsto por los asociados en el documento de constitución. Sin embargo, si este proponte plural se presenta a un proceso de selección y no resulta adjudicado a su favor o el proceso se declara desierto "no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia", aclara que pese a que la presentación de la propuesta genera obligaciones a cargo del consorcio, estas se materializan cuando el consorcio es adjudicatario y posteriormente contratista. Por tanto el Consejo de Estado afirma que:

> Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y en esa medida, pueden estos, en forma independiente o conjunta ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios. (Consejo de Estado, Sección 3, 13 de mayo de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque citado por, Cuello, 2009, 30).

El hecho de otorgar tal capacidad trae consigo varias consecuencias, en primer lugar que estos proponentes considerados plurales por su constitución, en materia contractual poseen los mismos derechos y deberes que las personas naturales y jurídicas, sin embargo de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 80, la responsabilidad para sus miembros frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, varía si se trata de consorcio o de unión temporal. Ya que para el primero la responsabilidad es solidaria, mientras que para los miembros de la unión se impondrá de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno.

En segundo lugar, respecto del proceso de selección, pese a que la capacidad contractual la tiene el consorcio o la unión temporal, es necesario que la Administración en los pliegos de condiciones disponga que verificaciones se le realizará a tal proponente y en qué términos, pues por un lado la capacidad jurídica debe ser verificada a cada uno de los miembros, pues la entidad contratante debe tener certeza que todos los integrantes puedan ejercer derechos y adquirir obligaciones, en cuanto a las demás verificaciones que exige la ley, la Administración está facultada para determinar las condiciones de participación de los consorcios o uniones temporales, basado en lo prescrito en el artículo 24 de la ley 80 de 1993.

En tercer lugar, si resultare adjudicatario el consorcio o la unión temporal, este debe acudir a la DIAN a solicitar su registro en el RUT.

En cuarto lugar, en el evento en que el consorcio o la unión temporal demanden a la Administración o sean demandados, es necesario tener en cuenta que el Art. 44 del C.P.C respecto de la capacidad procesal, dispone que: "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso", por tanto si los integrantes del consorcio o la unión temporal

demandan o son demandados judicialmente por causa de la propuesta, para actuar válidamente deben comparecer en el proceso todos y de esta manera integrar el litisconsorcio necesario activo o pasivo (2001), de suerte que no es válido que el representante legal del proponente plural sea quien otorgue el poder para demandar, puesto que la ley no lo faculta para ejercer tal derecho.

En cuanto a la capacidad de la Administración, se tiene que el contrato debe ser suscrito por un "funcionario que tenga expresamente atribuida esa competencia" (Botasi, 2010, 466), es decir, el ordenador de gasto debe estar facultado para ello, so pena de incurrir en una causal de nulidad.

Cuando un particular contrata con un funcionario incompetente se genera la nulidad del contrato, que es la consecuencia jurídica asignada en el inciso primero del art. 48 de la Ley 80 de 1993. Para que tal declaratoria se haga efectiva no se requiere de previa declaración judicial la entidad estatal directamente puede hacerlo art. 45, numeral 1, 2 y 4 el art. 44 de la ley 80 de 1993.

Conforme a lo manifestado por el autor Palacio Hincapié (2005,74), en lo que respecta al tema con la ley 80/1993 jurídicamente la capacidad también se otorgó a organismos que no tienen personería jurídica, como es el caso de las superintendencias, establecimientos públicos, presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Esta nueva inclusión dentro del concepto competencia se posibilitó, ya que en la competencia para contratar se está refiriendo a entidades estatales sin que ello implique la tenencia o no de personería jurídica.

1.2. Concepto de Inhabilidad e Incompatibilidad y sus Diferencias.

Respecto de los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, es necesario remembrar que la ley 80 de 1993 a diferencia del Decreto 222 de 1983, unificó los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, dándoles un solo tratamiento jurídico a estas dos figuras, entendiéndolos como sinónimos (Artehortua & Hernández, 2010, 150), desconociendo las diferencias que poseen por su naturaleza, en la exposición de motivos del proyecto de ley (que originó la Ley 80 de 1993) se dijo "se denominan inhabilidades e incompatibilidades las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad" sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar (Palacio, 2007, 92).

Las definiciones de estas figuras han sido muchas, así autores como PINEDA definen las inhabilidades como "impedimentos de índole constitucional y legal para obtener un cargo o empleo público, teniendo en cuenta que quienes desempeñen funciones públicas deben reunir las más altas calidades de índole constitucional y legal para su ejercicio" Las incompatibilidades como "el señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto

de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos" y finalmente la prohibición como "una orden negativa. Su infracción supone siempre una acción en contra, más grave en principio que la omisión indolente que una actividad obligatoria". (Pineda, 2004, 3, 11, 17)

Conforme el proyecto de Ley del Estatuto General de la Contratación, no hace una distinción entre el concepto de inhabilidades e incompatibilidades y las define como las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad,
Por su parte Solano considera que las inhabilidades "son circunstancias o situaciones especiales, previas o concomitantes, relativas a la persona del posible contratista que, por mandato constitucional o legal, impiden o imposibilitan ejercer el derecho a participar en el proceso contractual u obtener la asignación o celebración de un contrato estatal" y que las incompatibilidades "se estructuran como impedimentos o prohibiciones para ejercer la actividad contractual, por tener o haber tenido el interesado por determinado tiempo la investidura de servidor público… las incompatibilidades también se generan por otras clases de vínculos, *verbigracia:* aquellos que abarcan a los parientes de determinados funcionarios públicos o miembros de corporaciones de elección popular". (Solano, 2010, 130)

El Consejo de Estado (CP: Trejos,1998) ha definido las inhabilidades e incompatibilidades así: "En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso".

Pese a que el legislador incorporó conductas bajo el título genérico de inhabilidades e incompatibilidades, sin hacer distinción, como si se tratara de fenómenos similares, ya que el actual Estatuto Contractual, comprende bajo el título de inhabilidades e incompatibilidades, una serie de conductas, todas ellas prohibitivas para participar en licitaciones o celebrar contratos, y con efectos similares, es decir excluyentes de los procesos contractuales del Estado (Santofimio, 2004, 401), la doctrina y jurisprudencia han identificado algunas diferencias entre estos. En primer lugar las inhabilidades se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista, y las incompatibilidades se presentan cuando se celebra un contrato en razón a las vinculaciones laborales, de parentesco, de afecto o de interés.

Así que la incompatibilidad se puede definir como una prohibición que tiene determinada persona para ocupar ciertos cargos o celebrar contratos con una entidad en particular respecto de la cual pueda predicarse la causal. Las inhabilidades son prohibiciones para celebrar contratos con cualquier entidad estatal, lo que le da un carácter general.

Sobre la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades la Corte Constitucional (MP: Palacio, 2009) ha expresado: "Las **inhabilidades** se distinguen de las **incompatibilidades**,

por cuanto estas últimas implican ‘una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”.

Indica RICO PUERTA (2012, 166), respecto de la diferencia entre la una y la otra que tiene que ver con el momento negocial en el que se predica una y otra restricción a la capacidad negocial.

> La inhabilidad es antes, sin perjuicio claro está de las sobrevinientes. Quien está inhabilitado ni siquiera puede participar en el proceso.
>
> La incompatibilidad se predica durante el ejercicio del cargo y tiene efectos relativos es decir, sólo se afirma de la entidad estatal respectiva.

La incompatibilidad se puede definir como una prohibición que tiene determinada persona para ocupar ciertos cargos o celebrar contratos con una entidad en particular respecto de la cual pueda predicarse la causal.

El término incompatibilidad de acuerdo al Vocabulario Jurídico proviene del “latin *compatiri*, *“compadecerse” “Ir bien con”* y significa la imposibilidad legal para acumular algunas funciones públicas, algunos mandatos de carácter electivo, una función pública o un mandato electivo con ciertas ocupaciones y situaciones privadas o inclusive dos actividades de carácter privado” (ASOCIACION HENRY CAPITANT, 1995, 450).

Las inhabilidades son prohibiciones para celebrar contratos con cualquier entidad estatal, lo que le da un carácter general.

De acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional (MP: Cordoba, 2004) el Estado Social de Derecho, posee dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación. En el primero se encuentran “las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política”. En el segundo están las inhabilidades que “corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados”. La Corte aduce que en este segundo grupo se debe entender la inhabilidad como una garantía de que el comportamiento o el parentesco no afectarán el desempeño del empleo o función, ni de la protección del interés general y no como una sanción.

Para Lamprea la diferencia radica en que “en la incompatibilidad cuenta más la calidad de servidor público, y en la inhabilidad la del particular, respecto del contrato a cuya adjudicación se aspira”. (Lamprea, 2007,265)

1.3. Parentesco

El parentesco surge como una necesidad de la sociedad por definir sus vínculos patrimoniales y sociales, las familias inicialmente fueron polígamas de líneas matriarcales, ya que solo existía certeza de la maternidad y no sobre el vínculo paternal, posteriormente se conformaron hogares monógamos, con el fin de determinar la destinación de las herencias, ya que se lograría presumir la paternidad del hombre.

El antecedente de este término surge en Roma, donde se distinguieron: el vínculo que unía al *pater familia* con todos los sujetos sometidos a su potestad, sin importar que fueran descendientes o adoptivos, mayores o menores, conocido como el parentesco *agnaticio*, el parentesco *cognaticio* que consistía en el vínculo que unía a las personas que descendían unas de otras o de un tronco común y el parentesco *adfinitas*, que era el vínculo entre cónyuge y los consanguíneos del otro. (Montoya, 2010, 67)

De acuerdo con la relación del sujeto y su familia, el parentesco puede darse por consanguinidad, afinidad o civil, pese que en el código civil se diferencia entre el parentesco legítimo e ilegítimo esta clasificación pierde sentido a raíz de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (Serrano, 2011, 123).

1.3.1. Parentesco Por Consanguinidad

En virtud de lo establecido en el artículo 35 de Código Civil, el parentesco por consanguinidad consiste en la relación que tienen dos o más personas que descienden de un “tronco común”. Las líneas y los grados son las formas de determinar la posición y a distancia generacional.

Las líneas son recta; que indica las relaciones entre personas que descienden unas de otras y se subdivide en ascendente y descendente, según sea que el cálculo lo hagamos de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo; y línea colateral, transversal u oblicua; es la que forman las personas que no descienden unas de otras pero que tienen un tronco común.

Por su parte los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, es decir, marcan la distancia generacional del tronco común.

Pese a que los artículos 36,38 y 40 del Código Civil Colombiano, hablan de consanguinidad legítima e ilegítima, atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sentencia C-595 de 1996, las expresiones legítimo e ilegítimo deben sustituirse por las expresiones matrimonial y extramatrimonial (Montoya, 2010,67)

1.3.2. Parentesco Por Afinidad

Conforme con lo establecido en la Enciclopedia del Idioma *"Afin viene del latín affinis, que quiere decir próximo, continuo, que tiene analogía o relación con otra cosa o con un grupo determinado"* (citado por Serrano, 2011, 121).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil la afinidad legítima es 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. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

El Código Civil a su vez define la afinidad ilegítima como la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.

En la sentencia C-595 de 1996, la Corte preciso que el parentesco de afinidad requiere de matrimonio o de unión marital de hecho, modificando y precisando el contenido del artículo 48 del Código Civil, y señalando que deben sustituirse las expresiones legítimo e ilegítimo por las expresiones matrimonial y extramatrimonial. (Montoya, 2010,68)

Tanto en la afinidad matrimonial e extramatrimonial se califican las líneas y grados de la misma manera.

1.3.3. Parentesco Civil

El Parentesco civil es el que se origina con la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas, adicionalmente en virtud de lo consagrado en el artículo 123 del Código de infancia y Adolescencia, con la sentencia de adopción emitida por el Juzgado de familia termina la patria potestad que los padres biológicos tenían sobre el adoptado.

1.3.4. Terminación del parentesco

El parentesco es vitalicio, es decir, acompaña a la persona durante toda su vida; solo termina en el caso de parentesco civil, en algunas de las siguientes circunstancias:

Por expresa disposición legal, - art 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cesan lazos o vínculos con la familia de origen.

Por el ejercicio de las acciones de reclamación que el mismo Estatuto de la Infancia consagra a favor del adoptivo (art 65 C de Infancia y la Adolescencia)

Cuando se presente nulidad del proceso de adopción (Montoya, 2010, 82).

1.4. Causales de Inhabilidad e Incompatibilidad en la Contratación Pública por parentesco.

Tanto en materia civil como administrativa existen limitaciones para celebrar contratos entre parientes, verbigracia de la primera el matrimonio incestuoso. Por su parte la contratación estatal establece límites para asegurar la transparencia en la gestión administrativa, para evitar favorecimiento a parientes del funcionario.

En la normativa Colombiana a partir de la Constitución de 1991, encontramos las siguientes causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal por parentesco:

1.4.1. Ley 80 de 1993

El artículo 8 de la ley 80 de 1993 dispuso como causales de inhabilidad e incompatibilidad, las siguientes:

1.4.1.1. Numeral 1 literal g). Los 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 un mismo proceso.

Frente a este punto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, declarando exequible la norma.

A efectos de definir cuál oferente debe ser inhabilitado cuando se presenten al mismo proceso de contratación en la situación aquí descrita o en la del numeral 1 literal h), el artículo 29 del Decreto 1510 de 2013 establece que la entidad estatal debe dejar constancia de la fecha y hora del recibo de las propuestas, indicando el nombre del proponente o su representante legal, de esta manera se logrará determinar la primera oferta en el tiempo, por tanto la o las demás que se presenten bajo tal condición incurrirán en causal de inhabilidad e incompatibilidad.

1.4.1.2. Numeral 1 literal h). Excepto las anónimas abiertas, las sociedades 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.

1.4.1.3. Numeral 2 literal 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

Sobre este último punto en sentencia de Constitucionalidad, se demanda el análisis de la inexequibilidad de la norma, aduciendo que esta inhabilidad viola mandatos constitucionales específicos, siendo la restricción contemplada manifiestamente irrazonable, la Corte Constitucional (MP: Martínez, 1997) analiza que la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial, ya que los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. La potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, adecuado y razonable porque salvaguardar la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y velar por el cumplimiento de la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares justifica debidamente la diferencia.

Es preciso señalar que las causales de inhabilidad e incompatibilidad son restrictivas y taxativas, para ejemplificar lo mencionado hacemos referencia a lo expresado por la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado (CP: Henao, 1995), en el que aclaro que una persona con parentesco de consanguinidad en tercer grado (relación tío-sobrino), respecto de un concejal de un determinado municipio, no está inhabilitada legalmente para contratar dicho municipio.

1.4.1.4. Numeral 2 literal 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.

En cuanto a esta causal la Corte Constitucional (MP: Martínez, 1997) señala que la inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable ya 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. De otro lado respecto de los servidores públicos del nivel asesor, de los empleados del nivel ejecutivo, de quienes ejercen el control interno y los empleados que ejercen el control fiscal externo o interno de la entidad contratante, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, o no ejercen un poder directo en la adjudicación de los contratos, se trata de servidores públicos que en forma indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos contractuales, por sus cargos de confianza o sus funciones fiscalizadoras, pueden influenciar las decisiones de las entidades contratantes.

1.4.1.5. Numeral 2 literal 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.

1.4.2. Ley 1296 de 2009

1.4.2.1. Artículo 1 por el cual se modificó el inciso 3º del artículo 1º de la ley 1148 de 2007, dispone que los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

La Corte Constitucional (MP: Araujo, 2008) considera que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados de parentesco, ya que estos son taxativos, de suerte que declarará inexequible la expresión "dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" contenida en dicho inciso".

De otro lado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (CP: Aponte, 2007) aclara que la expresión "en el respectivo departamento", hace referencia a lo que tenga lugar en cualquier parte del respectivo departamento, incluyendo las entidades territoriales seccionales y locales. En

ese sentido, debe entenderse que la circunscripción departamental coincide con cada una de las municipales.

Para ilustrar lo anterior, tal como se analizó por el Departamento Administrativo de la Función Pública (Concepto No. 20116000020851), el hijo de un sobrino del cónyuge del tío de un alcalde no estaría incurso en la inhabilidad citada.

1.4.3. Ley 734 de 2002

1.4.3.1. Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE 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 (Morales, 2012, 47)**.**

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

1.4.4. Ley 1150 de 2007

1.4.4.1. Artículo 18 adiciona un literal j) al numeral 1 y un inciso al parágrafo 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

De esta manera se amplía una nueva inhabilidad permanente en relación con los tipos penales de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones, sin embargo es más amplia que la establecida en el literal d del art. 8 ley 80 de 1993, debido a que esta última se haya limitada en el tiempo a 5 años, cuando quiera que se haya impuesto la pena accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. Cabe resaltar la mención al *"soborno trasnacional",* como un medio para cerrar las puertas de nuestra contratación a quienes hayan sido condenados por prácticas corruptas en relación con autoridades de otros países, sin duda lo buscado por parte del legislador en este punto, es la protección de la moralidad administrativa, limitando a participar como proponentes y contratistas a quienes no se comportaron de forma adecuada con la misma.

Respecto de la expresión "con excepción de las sociedades anónimas abiertas", la Corte Constitucional (MP: Palacio, 2009), consideró que la excepción prevista en la norma demandada no desatiende lo dispuesto en el artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política; teniendo en cuenta el diseño jurídico de las sociedades anónimas abiertas y la manera como se transfiere la propiedad accionaria de las mismas. Agrega que,

La salvedad establecida por el legislador permite a las sociedades anónimas abiertas participar en los procesos de contratación con el Estado, sin el riesgo de verse afectadas por una inhabilidad respecto de la cual, eventualmente, no tienen conocimiento ni posibilidad de control y menos aún capacidad para evitarla, pues, como se ha dicho, la sociedad no cuenta con instrumentos para determinar que cada uno de sus más de trescientos accionistas esté exento de las inhabilidades consagradas en la norma que se examina.

Por su parte el parágrafo primero se limitó a reiterar algo obvio, establecido en la legislación ordinaria, sin representar un aporte a la legislación contractual, al establecer que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio (Suarez, 2009, 145).

1.4.5. <u>Ley 1474 de 2011</u>

1.4.5.1. Artículo 2o. (modificatorio del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k):

Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

1.4.5.2. Artículo 4o. Adicionando un literal f) al numeral 2 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993,:

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 público.

1.4.5.3. Artículo 5o. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

De acuerdo con lo conceptuado por el Departamento Nacional De Planeación (Concepto elaborado por Beltrán) dado que, las inhabilidades e incompatibilidades se caracterizan por ser de interpretación restrictiva, por tanto dicha prohibición no puede extenderse a situaciones distintas o contrarias a la indicada en dicha norma legal, así que para el caso específico de la citada causal, no se podría extender la restricción a contratos distintos a

los de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos.

1.5. Principios que Orientan la Contratación Estatal

El numeral 25 del artículo 150 de la Constitución Nacional de 1991, dispone como una de las funciones del Congreso expedir el Estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

Una vez expedido el Estatuto en su artículo 1 estableció que la misma tiene por objeto disponer las reglas y los principios que rigen los contratos de las entidades estatales, al respecto el doctrinante Rodríguez (1994, 11) considera

> Esto ya nos indica que se trata de una ley eminentemente programática y no reglamentaria, a diferencia de lo que en buena parte ocurría con el Decreto Ley 222 de 1983

En el intento de definir que es un principio para partir de allí y bajo ese concepto analizar los principios aplicables a la contratación estatal encontramos varias acepciones al respecto, en autor en comento señala dos, la primera consiste en que “los principios son los puntos de partida” y la segunda en que “los principios son los fundamentos de algo” (Rodríguez, 1994,13)

Para autores como ESTRADA (2011, 27), no existe una única o adecuada noción de principios dado que “desde su respectivo anclaje filosófico y contexto cultural, desempeñan funciones vitales tanto para la ciencia jurídica como para el derecho mismo”

En términos del autor, existen dos puntos de vista sobre la definición de principio, uno en el que se afirma que los mismos son:

> [l]mperativos metajurídicos… que ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que solo se aplican en la solución de los denominados casos difíciles… Bajo esta idea de principios es común su identificación o confusión con los valores estimados como normas fines.

En la segunda posición, los principios “forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas, en cuanto son resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico denominado analogía juris” a su vez se subdivide así:

1). En los casos difíciles los principios son normas jurídicas, pero estas se desempeñan una función auxiliar o subsidiaria (sirven para crear, integrar e interpretar el derecho).

2). Los principios son norma jurídicas que cumplen funciones más relevantes que la de ser criterios auxiliares de la función judicial, ya que estos sirven de razón principal de las sentencia de la Corte Constitucional, además porque los principios prevalecen sobre las restantes normas por mandato del mismo legislador. (Estrada, 2011, 31,32).

El concepto de principio conforme a DWORKIN (1992) se entiende como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

Para Atehortúa, Hernández y Ospina (2010, 77) los principios fundamentales son “estándares generales o modelos de comportamiento, de obligatorio comportamiento por ser al mismo tiempo la exigencia de un deber moral y los presupuestos fundantes de la organización estatal”.

Para ALEXY (141) las reglas y los principios se conciben como normas, sin embargo aclara que existe distinciones entre ellos, una de ellas es la generalidad, para el caso de los principios esta es alta y en las reglas es baja, expone como ejemplo de una norma de alto grado de generalidad*“ la norma que todos gozan de libertad de creencias”* y explica que goza de un grado relativamente bajo de generalidad “*una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias”,* sin embargo, el autor considera esta tesis débil, afirmando que la verdadera diferencia no es simplemente de grado sino de tipo cualitativo.

En términos del autor en comento, Dworkin emplea dos argumentos sobre las distinciones entre principios y reglas, el primero es que *“las reglas son aplicables en la forma todo o nada, pero los principios no”* y el segundo es que los principios tienen una dimensión de peso y las reglas no, es decir si colisionan dos principios se puede optar por el principio que tiene un peso relativamente mayor, por el contrario si colisionan dos reglas al menos una debe ser inválida.

Para Alexy, el punto definitivo que distingue a los principios de las reglas es:

> Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios, son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas… Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas

El Estatuto Contractual estableció principios y reglas esenciales para la contratación estatal, además de los parámetros generales para desarrollar esta actividad y los mecanismos de selección que les permiten la escogencia de la mejor oferta y oferente, todo esto debe estar encaminado a dar cumplimiento a los fines instituidos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y en procura de la obtención del bienestar general. Pese a que el acatamiento de las disposiciones citadas es obligatorio, esto es sin perjuicio de reconocer “la existencia de reglamentaciones relacionadas con la actividad contractual, siempre que éstos respeten y desarrollen esas normas y principios contenidos en dicho Estatuto General de la

Contratación Pública, las otras leyes y, obviamente, la Constitución Política" (CONSEJO DE ESTADO, MP: Correa, 2007).

La ley 80 de 1993, estableció en sus artículos 24, 25, 26, como principios de la Contratación Estatal la transparencia, economía y responsabilidad, sin embargo conforme a la diferenciación entre principio y regla, se puede afirmar de la redacción de estas normas que los mismos no obedecen a una estructura de principios, dado que la ley se limitó a fijar procedimientos en estos artículos respecto de los tramites precontractuales a agotar.

Una de las críticas que recibe esta práctica normativa es que *"La mayor parte de las leyes contiene un capítulo de principios sin ningún tipo de eficacia o coherencia con el articulado de la ley. Se trata de llenar un requisito de "técnica jurídica", aunque sin ninguna relevancia en la práctica legal"* (Galindo, 2010, 71), en este sentido se evidencia en los distintos procesos contractuales públicos que cuando se va a tramitar un proceso de selección pese a pregonar que el mismo está basado en principios, en general en la práctica los operadores, los proponentes y contratistas recurren directamente a la aplicación de las reglas y no a la de los principios, con algunas excepciones como lo dispuesto para las reglas de subsanabilidad establecidas desde la Ley 1150 de 2007, las cuales requieren para su aplicación del principio de selección objetiva.

Una de las causas de esta falta de eficacia obedece a que *"… la fe en la ley como único elemento definitivo del derecho ha ocasionado un exceso de legislación incluso en áreas que no la requieren o que ya se encuentran sobrerreguladas"* (Galindo, 2010, 72), verbigracia en la práctica contractual la necesidad de expedir un sinnúmero de Decretos reglamentarios, dado que no se confía en la eficacia de los principios, por tanto hemos pasado en tan solo en 6 años por 6 Decretos ya derogados (066 de 2008, 2025 de 2009, 3576 de 2009, 2516 de 2011 y 0734 de 2012) y el actual Decreto 1510 del 17 de julio de 2013.

Para la doctrina los principios aplicables a la contratación estatal entre otros deben buscar la eliminación de la corrupción política, ya que este "es un obstáculo a la transparencia de la vida pública. En las democracias establecidas, la pérdida de fe en la política y la ausencia de confianza en políticos y partidos desafía a los valores democráticos" (Sánchez, 2009, 371), así como posibilitar que; respetando la autonomía de la voluntad contractual; pueda también satisfacerse el interés general (Palacio, 2005, 52). Sin embargo estos objetivos no se cumplen si los principios se restringen a señalar pasos y procedimientos a seguir y no corresponden con una institución de esta naturaleza, en la que se distinga un carácter general que sirva de marco para optimizar las demás disposiciones normativas.

El artículo 23 del Estatuto Contractual además de disponer que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, incluyó que también se tendrán en cuenta los postulados que rigen la función administrativa la cual "está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" (Velasco, 2002, 26), así como también se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de

interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Por tanto quienes vayan a contratar con el Estado, ya sean personas naturales o jurídicas, deben observar los señalamientos normativos, bajo el marco de los principios, debido a que en los mismos están inmersos los intereses públicos y de la colectividad. (Pineda, 2004, 3)

En el presente escrito se desarrollaran como principios aplicables a la contratación estatal en Colombia, los de la función pública artículo 209 de la Constitución Política, Principios del Estatuto General de la Contratación artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, los principios particulares del Derecho Administrativo Artículo 3 Ley 1437 de 2011 y otros principios establecidos por la doctrina, estos últimos dado que es amplia la literatura al respecto, y muchos autores han realizado diversas clasificaciones en torno al tema, según su fuente, su naturaleza jurídica, si tienen cabida en la ley positiva o en la jurisprudencia, también los principios han sido divididos en grupos, como específicos de la contratación, referentes a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, sobre la interpretación de contratos, los generales del derecho y particulares del derecho administrativo o como Principios constitucionales, legales y jurisprudenciales (CONRADO, 2012, 16, 32, 38), en fin existen muchas clasificaciones al respecto, sin embargo en este texto se compilaran algunos principios para obtener un panorama general del tema.

1.5.1. Principios de la Función Pública Artículo 209 Constitución Política

El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia señala

> "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
>
> Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

En términos de la Corte Constitucional los principios que orientan la función administrativa juegan un papel determinante en los procesos de contratación estatal (MP: Martínez, 1997), dado que, los mismos son de carácter general y se convierten en normas rectoras al tramitar los procesos contractuales.

1.5.1.1. **Igualdad**

Este principio se encuentra consagrado constitucionalmente como derecho y principio fundamental, aplicable con sujeción al criterio objetivo de razonabilidad en todos los campos de la actividad estatal,

La ley 1437 de 2011, establece respecto de este principio que las autoridades deben dar el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento.

En la contratación estatal la igualdad se concreta en el procedimiento de escogencia objetiva del contratista, este principio implica la puesta en práctica del principio de transparencia, bajo el cual la contratación está restringida a la exigencia de condiciones iguales a un único pliego de condiciones, invitación pública o solicitud de oferta que regulan los requisitos objetivos para participar y las reglas objetivas y justas para la selección de los contratistas (Solano, 2010, 110)

1.5.1.2. **Moralidad**

Este principio se refiere al comportamiento respetuoso que debe asumir el servidor público frente a las formalidades y finalidades del bloque de legalidad, además de los parámetros que contienen los principios, valores y normas de nuestro ordenamiento jurídico" (Villamizar, 2009, 162), es decir, respecto de todo el sistema jurídico.

La moralidad se encuentra directamente relacionada con el principio de la buena fe, ya que los administrados esperan de las actuaciones administrativas que despliegan los servidores que no haya desvío de poder, que esté fundada en el acatamiento a las normas y que la misma no se encuentre deshonradapor la corrupción.

1.5.1.3. **Eficacia**

El principio de eficacia conforme a Corte Constitucional "se trata de alcanzar los logros mínimos por parte de los entes estatales para garantizar la efectividad de los derechos colectivos e individuales", para tal fin el Constituyente introdujo el modelo de control de gestión y de resultados como elementos que salvaguardan el interés general (Castro y otros, 2010, 102), en los últimos años se ha implementado en las entidades de orden público este sistema, mediante procesos de certificación en los cuales la Administración busca alcanzar altos niveles de eficacia, sin embargo en la praxis, la transición ha creado desorden, interpretaciones erradas y resistencia al cambio puesto que muchos funcionarios prefieren seguir con modelos anteriores.

El Código Contencioso Administrativo de Colombia señala que en virtud del principio en estudio, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad, de suerte que,

removerán de oficio los obstáculos puramente formales, asimismo evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, las irregularidades procedimentales que se presenten.

En materia de contratación estatal se considera que el contrato es eficaz cuando el mismo cumple propósitos públicos y de otro lado que dentro del proceso de selección se garantice la concurrencia y la administración escoja la oferta más favorable. (Matallana, 2013, 72)

1.5.1.4. **Economía**

Para ATEHORTUA (Citado por Castro y otros, 2010,107), el principio de economía hace referencia a la "correcta y eficiente asignación de recursos humanos y materiales destinados para ejecutar una adecuada labor o para el cumplimiento de objetivos, metas y propuesta".

Este principio constitucional está orientado a buscar un mayor beneficio social a menor costo.

En cuanto a la economía como principio del derecho administrativo el Código Contencioso indica que "las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas".

1.5.1.5. **Celeridad**

Consiste en la agilidad que debe existir en la gestión administrativa, en virtud de este principio se prohíbe los trámites adicionales para el ejercicio de una actividad reglamentada, también está asociado al principio de oportunidad con que deben actuar todos aquellos funcionarios para satisfacer cumplir los fines del Estado y así no incurrir en retardos en la prestación de un servicio público. (Castro y otros, 2010, 108)

De igual manera exige a la administración impulsar oficiosamente los procedimientos, así como motivar el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, con el fin de lograr mayor agilidad en los procedimientos.

1.5.1.6. **Imparcialidad**

Este principio se refiere a la objetividad que debe primar en los criterios de selección o en la toma de decisiones está estrechamente relacionado con el principio de igualdad a fin de garantizar los derechos de todos los administrados sin discriminación algunay adoptar decisiones sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (Castro y otros, 2010, 108)

En materia contractual la imparcialidad se encuentra inmersa en el principio de transparencia, de suerte que su aplicación implica que los pliegos de condiciones contengan reglas claras y objetivas y que los operadores de los tramites contractuales actúen bajo estos preceptos al momento de evaluar los ofrecimientos y de realizar la recomendación para la adjudicación o declaratoria de desierta del mismo.

1.5.1.7. **Publicidad**

El proceso no puede ser oculto, debe darse la oportunidad a todos los interesados a conocer los trámites, por tanto este principio se refiere a que cualquier persona pueda estar al tanto de las actuaciones de la administración, aún más cuando se trata de actos que lo afecten directamente, salvo aquellos casos en donde por disposición de la ley los documentos gozan de reserva. (Castro y otros, 2010, 112)

Adicional a lo anterior el Código Contencioso indica que bajo este principio, las autoridades deben incluir el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva la información.

En el área de la Contratación Pública, este principio está inmerso en el de transparencia, dado que, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dispuso que los interesados en el proceso de selección tendrán acceso a la información para poder controvertirla.

Para CEDIEL DE LA PEÑA (1994,40), este principio es de obligatoria aplicación en cualquier procedimiento administrativo por ende a los de contratación pública sin embargo,

> La inclusión de estas reglas obedece al parecer a la tendencia de la administración de olvidar que las normas de los procedimientos administrativos son y han sido aplicables a todos ellos, esto es que lo único que hizo el legislador de la ley 80 de 1993, fue explicar lo que ya estaba contenido en las normas anteriores, pero cuya aplicación fue omitida por las autoridades administrativas.

1.5.2. **Principios Estatuto General de la Contratación artículo 23 y ss ley 80 de 1993.**

Pese a que los principios se entienden como estándares que inspiran toda la regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa, la ley contractual Colombiana, ha regulado expresamente tres principios, transparencia (en el que se encuentra también los principios de igualdad, publicidad y libre competencia), economía y responsabilidad (Palacio, 2005, 55).

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone;

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollará con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

De la norma se desprende que es muy extensa la lista de principios a los cuales hay que acudir en la práctica contractual administrativa, por tanto no debemos restringirnos a considerar que los principios aplicables a la contratación solamente son el de transparencia, economía y responsabilidad.

1.5.2.1. **Transparencia**

Este principio se crea para proteger el patrimonio del Estado y garantizar el desarrollo de los principios entre otros de imparcialidad, de contradicción y publicidad; de igualdad; de moralidad para “desterrar el fantasma de la corrupción administrativa”, bajo este axioma la actividad contractual debe desarrollarse en forma imparcial y pública, y el resultado del ejercicio debe ser la escogencia objetiva del contratista, es decir la selección de la mejor propuesta, bajo los criterios que se hayan señalado desde el estudio previos hasta el pliego de condiciones, en igualdad de oportunidades y en vigencia del principio de moralidad pública. “En definitiva, mediante este postulado rector se pretende atacar o ponerle coto a la corrupción, tan propicia en el actuar contractual”. (SOLANO, 2010, 93)

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece:

a) La selección del contratistase efectuará en atención a las diversas modalidades de selección, las cuales son licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía. Este artículo explica cuando procede cada modalidad, enumera las causales de la contratación directa y las de selección abreviada, indica las reglas para fijar la menor cuantía, establece el procedimiento para la mínima cuantía.

   Adicionalmente en el numeral 5 define los requisitos que los pliegos de condiciones deben estar basados en el principio de selección objetiva, garantizando reglas claras, justas y completas, con precisión en las condiciones de costo, prohibiendo las obligaciones de imposible cumplimiento, así como las exenciones de responsabilidad. Incluye también definir un plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, este último requisito no es consecuente con los demás expuestos en el numeral, por cuanto, la liquidación es un tema específico, que no hace parte de un principio sencillamente es un trámite que se encuentra regulado directamente en el artículo 60 del Estatuto y permite a la Entidad establecer un plazo o en su lugar acatar los que la norma indica.

En el numeral 6 ordena señalar en los pliegos de condiciones y en el aviso las reglas de adjudicación, respecto del aviso el numeral 9 dispone que no se podrá incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor, al respecto se tiene que el aviso debe ser un medio con el cual se logra publicitar el proceso que va adelantar la Administración, del contenido del aviso se ocupa el artículo 21 del Decreto 1510 de 2013, de otro lado los pliegos de condiciones atendiendo a las reglas de selección objetiva indudablemente deben contener las reglas de adjudicación, por tanto estos numerales no deben hacer parte del principio de transparencia, pues no tienen un carácter general solamente son una aplicación del mismo, determinando requisitos de contenido de los documentos, que son de obligatorio cumplimiento.

Lo anterior evidencia lo afirmado en este escrito respecto de que el Estatuto Contractual instituyó como uno de los principios de la Contratación la transparencia, sin embargo conforme a la diferenciación entre principio y regla, la redacción de estas normas no obedecen a una estructura de principios, dado que la ley se limitó a fijar procedimientos en estos artículos respecto de los tramites precontractuales a agotar, los cuales son obligatorios y no corresponden a un mandato de optimización que puede ser aplicado en diversos grados, pues en el evento de eludir el procedimiento el funcionario público puede incurrir en el delito de indebida celebración de contratos.

b) Se establecerán etapas en los procesos contractuales donde el interesado podrá conocer y controvertir las evaluaciones, conceptos y decisiones de la entidad contratante.

Como ya se mencionó esta disposición está directamente relacionada con el principio de publicidad, en la práctica contractual se materializa publicando los documentos del proceso en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, y para el caso de entes distritales de Bogotá en el portal de la Alcaldía Mayor “Contratación a la Vista”.

El artículo 2.2.5 del Decreto 0734 de 2012 enumeraba algunos documentos que debían ser publicados obligatoriamente en la página web del SECOP, como el aviso de convocatoria, el proyecto de pliego de condiciones las observaciones y sugerencias al pliego, el acto de apertura etc, sin embargo el vigente artículo 19 del Decreto 1510 de 2013 reza “La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso…” exceptuando las propuestas no adjudicatarias y las operaciones en bolsa de productos, lo cual puede generar una consecuencia en la práctica contractual y es que todos los demás documentos que se emitan con ocasión al proceso deben ser publicados, es decir, los requerimientos, comunicaciones y demás oficios de trámite que hacen parte del proceso pero que por su contenido no deberían ser publicados dado que no es

necesario controvertirlos, verbigracia un oficio remitiendo observaciones al Comité evaluador o la solicitud de copias, entre otros.

c) Las actuaciones de las autoridades serán públicas así como sus expedientes, además de la obligación de expedir copias a los sujetos que demuestren interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto para el acceso a los documentos con reserva legal.

d) Prohíbe la desviación o abuso de poder por parte de las autoridades y la obligatoriedad de realizar procedimientos de selección objetiva.

1.5.2.2. **Responsabilidad**

Esta palabra puede conllevar varias acepciones dependiendo del contexto donde sea utilizada, como lo expresa el profesor Gil Botero (2011,3): "como símbolo de diferentes contenidos" citando a Hart, podría entenderse como capacidad, factor causal, deberes y obligaciones derivados de un cargo o rol social y como sancionabilidad, razón por la cual "el significado de una palabra es su uso en el lenguaje" (Wittgenstein, citado por Gil 2011,3)

Este principio, que es toda una institución, parte de un primer supuesto respecto del daño causado, tal como lo concibe el Consejo de Estado(2007)

> El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada, esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, como quiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En otros pronunciamientos la jurisprudencia ha dicho: "la existencia del daño puesto que si no es posible la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos" (CONSEJO DE ESTADO, 2000 (exp. 11135), 2000 (exp. 11.005), 2000 (exp. 11.890).

La Responsabilidad en el estatuto contractual, convertida en principio en el Art. 26 de la ley 80 de 1993, establece criterios bajo los cuales quienes intervienen en las dinámicas contractuales, a saber Estado, servidores y contratistas actúen sin el ánimo de inferir daño alguno y con la "diligencia y cuidado que le es exigible dentro del ámbito del interés general so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad" (Consejo de Estado MP: Correa citado por Castro y otros, 2010, 158).

El numeral 1 del Art. 26 dispone que:

> Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato", por lo cual deberá tenerse como fines de la contratación estatal lo consagrado en el Art. 3 de la ley 80 de 1993 que dispone: "...la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas....

En cuanto a la correcta ejecución del contrato se tiene que son necesarios todos y cada uno de los controles que puedan establecer las entidades estatales a través de las figuras como la interventoría o de supervisión, con el fin de garantizar que las inversión públicas lleguen a la comunidad o poblaciones a beneficiar, objeto además del estatuto anticorrupción establecido en la ley 1474 de 2011,

En efecto, el Art. 83 ibídem establece que para

> Proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.
>
> La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.
>
> La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría...

No obstante lo anterior, las anteriores disposiciones pueden llegar a ser una simple retórica, mientras los estudios previos continúen con deficiencias de tipo técnico y los mismos no se realicen con las realidades de los sectores, porque se resumiría a un simple cumplimiento de actividades sin generar impacto en la gestión y entonces aun cuando se cuente con supervisión o interventoría la inversión realmente no cumplió su cometido.

Por la esencia de los cargos que ocupan los servidores públicos no se puede perder de vista que responden por actuar equivocadamente o dejar de hacerlo (omisión), por infringir la Constitución las leyes, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

(Gómez, 2007 19) y así mismo responden por las indemnizaciones pertinentes en caso de causar algún daño, que puede ser a la entidad o a un tercero, por lo que se puede decir que la responsabilidad, bajo la ley contractual, contempla una serie de advertencias para las entidades y los servidores públicos, en especial el ordenador de gasto y quienes intervienen en la estructuración del estudio previo proyecto de pliegos y pliegos definitivos y quienes hacen parte de los comités evaluadores, orientados a garantizar que dentro de cualquier tipo de modalidad de selección se observen los postulados mínimos de la contratación, por lo que enuncia situaciones puntuales, personas específicas y la consecuencia a investigar a título de responsabilidad.

Ejemplo de lo anterior se encuentra que los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos o que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal.

Ahora bien, en atención a que uno de los extremos de la relación contractual necesariamente es el contratista, el principio además contempla situaciones de facto imputables al quien formule propuesta artificialmente bajas con el fin que sea adjudicado el contrato o por ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

Todas las anteriores situaciones en caso de materializarse deberán ser analizadas en las correspondientes demandas contractuales atendidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.5.2.3. **Economía**

Este principio se encuentra en el artículo 25 de la ley 80 de 1993 en la que señala como sus postulados

1. En los procesos de selección se cumplirá estrictamente los procedimientos y etapas necesarios para garantizar una selección objetiva, aclara que los términos son preclusivos y perentorios para las etapas de selección, lo cual es absolutamente necesario dado que, en los procesos de selección los proponentes cuando están en desacuerdo con sus intereses, ya sea respecto de lo establecido en el pliego de condiciones, en la evaluación de las propuestas o en la adjudicación, tienden a realizar observaciones a las mismas de manera extemporánea y en muchas ocasiones de forma reiterativa, así que, si la Entidad tuviese la obligación de atender

todas las observaciones los procesos se tornarían indefinidos lo cual impediría la efectividad en la satisfacción de necesidades de la Administración y los administrados.

Adicionalmente el artículo establece en uno de sus numerales que los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato

2. Dentro de los procesos contractuales las normas se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, un ejemplo claro de la aplicación de esta disposición es el artículo 3.5.6 del derogado Decreto 0734 de 2012 en el que establece la inaplicabilidad de reglas de otras modalidades en la selección por mínima cuantía.

3. Las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que en consonancia con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

5. Es necesario contar con disponibilidad presupuestal para iniciar procesos de selección de contratistas, al respecto es menester recordar que el Decreto Ley 111 de 1996 dispuso en su artículo 71 que como garantía del buen manejo de los recursos públicos, quien ordenara el gasto debía obtener previamente un certificado de disponibilidad presupuestal.

6. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, lo cual se condesa en el estudio previo, así como las autorizaciones y aprobaciones necesarias, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso, esta disposición es muy importante tratándose de procesos de obra en los cuales se requiere licencias de construcción y demás, ya que en el evento de seleccionar a un contratista sin el lleno de tales requisitos el contrato no se podría ejecutar y la responsabilidad recaería en cabeza de la Administración. Asimismo es obligatorio contar con los demás documentos precontractuales conforme a la modalidad de selección por la cual se tramite el proceso.

7. El artículo 35 del Decreto 222 de 1983 ordenaba que si el organismo o autoridad superior improbare el contrato por no encontrarlo ajustado a la ley, deberían adoptarse las correspondientes reformas, y si esto no fuere posible por haberse configurado una causal de nulidad absoluta, se iniciaría la tramitación para celebrar un nuevo contrato, adicionalmente si la negativa obedecía a razones de

inconveniencia, podía iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato, dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó, por su parte la Ley 80 de 1993, bajo el principio de economía, prescribió que el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto, esto fundamentado en que los procesos se adjudican con base en las reglas establecidas en el pliego de condiciones, esta decisión no tiene recurso de acuerdo con el artículo 77 del Estatuto General de la Contratación, por tanto la Entidad debe proceder a la suscripción del contrato que a su vez genera obligaciones tanto para el contratista como para ella, razón por la cual no se debe someter a una revisión posterior de un organismo o autoridad, ya que la adjudicación surgió como producto de la aplicación del pliego el cual es ley para las partes.

8. El principio también señala quien intervendrá en los procesos de contratación y aclara que los ordenadores de gasto podrán delegar la facultad para celebrar contratos con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos o en el reglamento.

9. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación, esto por la importancia de la decisión que debe adoptar la Entidad y el impacto que puede tener en la comunidad, sin embargo la intervención se limita a presentar sus apreciaciones en calidad de invitado y no como parte en el proceso.

10. Dentro del artículo se establece el procedimiento de para los proyectos de infraestructura de transporte.

11. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos y por la revisión de precios, son temas es de carácter presupuestal que están desarrollados por el Estatuto General de Presupuesto y sus respectivas normas reglamentarias.

12. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales, esta disposición agiliza los trámites de selección puesto que en ocasiones, basado en la “mala fe” o en el legalismo exagerado, se solicitaba para participar en las selecciones una serie de requisitos formales que impedían la selección objetiva del proponente.

13. Plantea un silencio administrativo positivo cuando la administración no se pronuncie frente a las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato,

fijando como plazo para contestar de tres (3) meses posteriores a tal petición, adicionalmente prohíbe rechazar las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas incluidas las cuentas de cobro, en estas últimas de ser necesario las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

14. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión. Este acto necesariamente es motivado y el fundamento de mismo es el desarrollo del proceso precontractual, conforme lo estable el pliego de condiciones.

15. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, por su parte el oferente debe constituir garantía de Seriedad del ofrecimiento, este tema se encuentra regulado en el artículo 110 y siguientes del Decreto 1510 de 2013, por medio del cual se modifican las clases de garantías respecto de lo dispuesto en el artículo 5.1.3 del Decreto 0734 de 2012.

16. Se establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado**.**

Como se puede apreciar este principio pese a su denominación no hace referencia al valor del objeto contractual, sino a la necesidad de tramitar con celeridad los procesos de selección.

1.5.3. Principios Particulares del Derecho Administrativo Artículo 3 Ley 1437 de 2011.

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el Estatuto General de la Contratación Estatal, los principios particulares del derecho administrativo consagrados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 también son aplicables en materia contractual.

La norma estipula que los principios del derecho administrativo son el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Bajo el entendido que algunos de estos axiomas ya han sido mencionados y definidos en este trabajo, nos limitaremos a verificar los principios “distintos” a los de la función pública.

1.5.3.1. **Debido Proceso**

Es una garantía constitucional consagrada en el Art.29 de la Constitución Nacional, bajo la cual, as actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

Para la Corte Constitucional, el objeto fundamental de este principio es que los actos proferidos por la Administración se ajusten al ordenamiento legal previamente establecido para ellos (Munar, 2011, 21), así se desprende de la Sentencia T-442 de 1992 (M.P: Rodríguez, 1992):

> El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los Tribunales Contenciosos, si los actos proferidos por la Administración, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado.

Dentro del Debido Proceso, también se tienen inmersos los derechos de legalidad, juez natural, favorabilidad y permisibilidad, prohibición de autoincriminación, obligación para el Estado de buscar defensor de los pobres, el derecho a la protección judicial y la segunda instancia (M.P:Sanín, 1992).

Este principio permea todo el desarrollo de las actuaciones administrativas y en materia contractual se evidencia en la relación con los oferentes, en etapa precontractual agotando cada una de las etapas, contestando las observaciones pertinentes y efectuando de ser el caso las audiencias correspondientes y en la etapa contractual, si existe algún tipo de incumplimiento realzar el procedimiento del Art. 86 de la ley 1474 de 2011, que tiene el mismo nombre del principio, audiencia de debido proceso.

1.5.3.2. **Buena Fe**

El principio de buena fe, tiene un rango constitucional elevado así en el Art. 83 de la Constitución Nacional, y ha sido analizado por la Corte Constitucional (M.P: Arango Mejía, 1994):

> La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para estas en el sentido de mirar al administrado como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia.
>
> Resulta claro por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la

presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

El Consejo de Estado ha dicho que “todos los contratos deben celebrarse de buena fe y esta obliga a que las partes conozcan recíprocamente los motivos que determinan sus respectivas declaraciones de voluntad” (Consejo de Estado SA 23 DE MAYO DE 1985, citado por CONRADO, 2012, 45).

Como lo explica el doctrinante, RODRIGO ESCOBAR GIL (citado por Solano, 2010,108:

> La importancia de la buena fe en los contratos estatales radica en 1.) Constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista y 2.) Contribuye a llevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar las relaciones entre las entidades públicas y los contratistas".

El interés público es el gran principio que le sirve de causa, que le sirve de fundamento y también de finalidad a toda la actividad de la administración pública, Otra cosa es el servicio público: el servicio público no es el principio es la actividad, lo cual es distinto; entonces aquí en esa ley se habla mucho de servicio público y muy poco del interés público, que si lo mencionaba el Decreto 222 de 1983. (Rodríguez, 1994, 17).

En consecuencia, autoridades y particulares deben presumir el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias derechos y deberes (Munar, 2011, 25).

1.5.3.3. **Participación**

El principio de participación señala que las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Que a partir de la Constitución de 1991 los ciudadanos pueden participar en cualquier decisión del Estado que los afecte, lo cual se encuentra consignado desde el preámbulo de la Carta Magna, al indicar que: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”; a su vez el Art. 2 señala como fines esenciales del Estado: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten”.

1.5.3.4. **Coordinación**

Este principio busca articular las actuaciones de las entidades dentro de la Administración y establece que las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias

estatales en cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares (Munar, 2011, 28).

Este principio encarna la obligación de las entidades del Estado de atender a su misionalidad, sin desconocer las actividades que desarrollan otras entidades y sin usurpar funciones o competencias, porque de no realizarse de tal forma significaría que varias entidades atiendan los mismos temas y a las mismas poblaciones, lo que generaría que la inversión no llegase a todos los asociados, sino que se concentrara en grupos específicos atendidos por varias entidades sin un hilo conductor, lo que podría generar posibles detrimento patrimonial.

1.5.4. Otros Principios Establecidos por la Doctrina

1.5.4.1. **Automaticidad**

Conforme este principio una vez se agota el procedimiento de selección debe adjudicarse automáticamente a la propuesta más favorable.

1.5.4.2. **Libre acceso:**

Se complementa con el principio de publicidad, con este principio se pretende que todas los interesados que tengan los requisitos exigidos en el proceso.

1.5.4.3. **Concurrencia**

Este principio está dirigido a garantizar la competencia en los procesos de selección, es decir a los procesos de selección con las excepciones legales por ejemplo la contratación directa deben concurrir varias personas con diferentes ofertas.

La concurrencia busca promover la más amplia participación de candidatos a la adjudicación, este principio permite proteger los intereses económicos de la administración pública, ya que a mayor competencia se garantiza la igualdad de acceso a la contratación pública. (Castro Cuenca y otros,2010, 130)

1.5.4.4. **Sujeción al pliego de condiciones**

El pliego de condiciones es ley para las partes respecto de la obligatoriedad de acatar las disposiciones del pliego de condiciones, es menester resaltar lo manifestado por el Honorable Consejo de Estado (3 de mayo de 2007, MP: Ramiro Saavedra Becerra),

> "(…) es pues evidente, que el pliego de condiciones, elaborado por la Administración unilateralmente, contiene una serie de disposiciones que, una vez abierta la licitación y entregado el pliego a los participantes en la misma, se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las expresas excepciones permitidas por la ley, y tal obligatoriedad se pregona no sólo frente a los proponentes, sino también, y con mayor razón, de cara a la misma entidad que lo elaboró; cuando se dice que el pliego de condiciones es ley del proceso de selección y del futuro contrato, debe entenderse que lo es, para todos los intervinientes en el primero, y para las partes del segundo; luego dicho documento, es ley también para la entidadlicitante, que, en consecuencia, está sujeta a sus términos".

1.5.4.5. **Selección objetiva**

Su objeto es asegurar la igualdad de oportunidades y la selección del oferente más solvente y capaz, se materializa en la exigencia de criterios objetivos en el pliego de condiciones y en la adjudicación basada en tales requisitos. (CASTRO CUENCA y otros, 2010, 150,151)

El desarrollo de este principio se encuentra a lo largo de las disposicionesque regulan la Contratación Estatal así en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se instauran los requisitos del pliego de condiciones basados en reglas claras, objetivas, justas y completas, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 indica las reglas para realizar una escogencia del ofrecimiento más favorable basado en factores objetivos de evaluación en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 1510 de 2013.

1.5.4.6. **Autonomía De La Voluntad**

La autonomía se encuentra dada desde el consentimiento para la celebración de cualquier negocio jurídico y en el contrato se vierte por un disposición de la voluntad de cada uno de los contratantes, quienes se obligan al cumplimiento de una serie de obligaciones, sin embargo, en tratándose de relaciones contractuales con el Estado uno de los extremos es de orden Estatal y por tanto el primigenio acuerdo logrado entre las partes tiene que aceptar la inclusión de las antes llamadas clausulas exorbitantes y ahora denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, a saber: interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad y reversión, mediante las cuales el Estado adquiere una posición dominante en la relación y frente a las mismas el contratista se adhiere a las condiciones, inclusive si no son pactadas se entenderán incluidas de pleno derecho en aquellos contratos donde sea obligatoria su estipulación.

Ahora bien, tales cláusulas permiten a la Entidad Estatal ejercer el control sobre el contrato y dada la necesidad permanente de la satisfacción del interés general y de la prestación de servicios, pueden ser una herramienta para tomar decisiones dentro de la ejecución contractual.

En la contratación estatal, además de la cláusulas excepcionales, se encuentran como límites en "la escogencia del contratante ya que la administración pública no goza de plena libertad para elegirlo, salvo algunos eventos en razón del proceso de selección que debe cumplirse, también se presentan limites que tienen que ver con la forma en que el Estado compromete su voluntad, es decir referentes a la competencia" (Solano, 2010,115).

Lo anterior no obsta para que el contratista participe en la construcción del pliego de condiciones que luego vertirá su contenido en las cláusulas contractuales, por lo que las etapas propias de observaciones a los procesos, son la oportunidad procesal para que los posibles oferentes, antes del cierre, y luego los oferentes, hagan uso de la facultad de libertad jurídica, para que evalúen lo que presenta la entidad y si están de acuerdo participen en el proceso y suscriban el correspondiente contrato, el cual no puede contrariar la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades del estatuto contractual y a los de la buena administración (art 40 inc 3 de la ley 80 de 1993) por consiguiente el contrato administrativo descansa, en lo esencial, sobre la voluntad de los contratantes, dentro de los límites que se han señalado. (Solano, 2010,112)

Entonces, "En los contratos de derecho público la administración, en virtud de su superioridad jurídica sobre el **contratante,** puede establecer determinadas clausulas, pero la fuente de sus derechos no deriva de su imperium, sino de la voluntad del particular que ha aceptado hacer o no hacer aquello que la administración ha fijado, previa deliberación con el mismo" (Manuel María Diez, citado por Solano, 2010,114)

1.5.4.7. **Consensualidad**

Al ser el contrato un acuerdo de voluntades, el consentimiento constituye su esencia, concepción que no escapa al contrato estatal, al que también se aplica la regla de que es consensual.

Las partes con la sola manifestación de voluntad se obligan, sin embargo conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para el perfeccionamiento del contrato es necesario que se eleve a escrito, con algunas excepciones como la causal de contratación directa de urgencia manifiesta o la modalidad de selección de mínima cuantía (Solano, 2010, 116,117).

1.5.4.8. **La influencia del Estado en la Economía**

Tanto en el modelo Liberal, y el intervencionista la economía es objeto de controles e mediación por parte del Estado, implementando estrategias, tal como la regulación de la actividad contractual para lograr la ejecución del gasto y por ende el cumplimiento de los fines del Estado. (Gómez, 2007, 20).

1.5.4.9. **Planeación del Gasto**

El autor precitado indica que este principio consiste en “planear anticipadamente las inversiones del presupuesto de una manera adecuada, eficiente y proyectiva”.

Este se logra a través de los procedimientos fijados para la programación del presupuesto estatal mediante la formulación y aprobación del plan financiero, en virtud de lo ordenado por el aartículo 47 del Estatuto Orgánico de Presupuesto: “*Corresponde al Gobierno preparar anualmente el presupuesto General de la Nación, con base en los proyectos que le presenten los órganos que componen este presupuesto. El Gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretenda incluir en el proyecto de presupuesto*

1.5.5. Principios que Orientan las Causales de Inhabilidad e Incompatibilidad en la Contratación Estatal por Parentesco

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal por la causal de parentesco, se debe orientar en los principios de moralidad y transparencia, puesto que, como se puede observar en las definiciones de estos, cuentan con un factor en común y es evitar la corrupción y garantizar una conducta adecuada de las personas que ejercen funciones públicas.

Pese a que no todas las causales por parentesco hacen referencia al servidor público, tal es el caso del literal g) del artículo Ley 80 de 1993 en la cual se inhabilita 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 ha presentado propuesta para un mismo proceso de selección, la responsabilidad por la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades recae en el funcionario y puede ser penal de acuerdo a la tipificación que existe en la normativa colombiana; disciplinaria la cual tiene una función preventiva y correctiva; o pecuniaria, que puede hacerse efectiva con la figura de la repetición (Benavides, 2002, 226).

Estas responsabilidades han sido establecidas bajo el entendido de garantizar los principios de transparencia y moralidad, así por ejemplo respecto de la responsabilidad disciplinaria el artículo 48 numeral 30 de la ley 734 de 2002, consagra como falta gravísima: intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incursa en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o la ley (Roa & Ferrer, 2008, 86). En el mismo sentido los delitos y su respectiva responsabilidad penal, tienen fundamento según Alfonso Gómez Méndez (Citado por Santofimio, 2000, pág. 62) “en la garantía a la moralidad y legalidad de los servidores públicos y en la necesidad de sancionar a quienes abusan de la confianza que la sociedad y el Estado depositan en ellos para el manejo de los asuntos generales”. Estos tipos penales surgen como consecuencia y una medida represora para las conductas inmorales de servidores que de manera inescrupulosa buscaron en la contratación estatal la forma de beneficiarse o beneficiar a

terceros, sin atender los objetivos de la misma y vulnerando el bien jurídico protegido “la Administración Pública”. Por tanto el legislador se encargó de tipificar los delitos de celebración indebida de contratos y una de sus conductas es la violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades. (Art. 408 Código Penal L. 599/00).

1.5.5.1. **Principio De Moralidad**

Este principio presume la difusión de una conducta adecuada de la Administración o del particular que ejerce función administrativa y que atiende al interés general, “se ajusta a uno de los principios fundamentales de Estado Social de Derecho como lo es el de la legalidad, y es contraria a la corrupción y a la mala fe” (Murcia, 2012,105)

El principio de moralidad tiene una alta relevancia entratandose de contratación estatal, dado que, éste busca proteger el patrimonio público, para evitar que sea atropellado por los intereses particulares de los funcionarios públicos o de los contratistas o proponentes (Munar & Ortiz, 2012, 26).

VILLAMIZAR SCHILLER (2009,187), en su escrito sobre Moralidad Administrativa, afirma que:

> La moralidad administrativa como principio jurídico de la Administración Pública es de vieja data y reconoce e incorpora para si los principios clásicos de derecho administrativo como son el interés general, bien común, transparencia entre otros, cuya protección se encuentra en diferentes regímenes legales como el de las inhabilidades e incompatibilidades.

Para la autora la moralidad administrativa es un principio que está directamente ligado al de transparencia y el actuar de los sujetos que desarrollan funciones públicas, desconociendo tales normas puede conducir a un acto de corrupción.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, por las causales de parentesco debe cimentarse en el principio de moralidad administrativa, sin embargo el propósito de esta investigación no está encaminado a determinar el veracidad o efectividad o no de tal postulado.

1.5.5.2. **Principio de Transparencia**

El principio de transparencia debe proyectarse en la imparcialidad exigible al comportamiento del administrador público, así que este principio debe amparar la objetividad en las etapas precontractuales como dentro del desarrollo del mismo de la actividad contractual. Razón por la cual el desconocimiento de este principio generaría la nulidad del proceso de escogencia del contratista (Gómez, 2002, 385).

La transparencia en la contratación estatal busca garantizar la imparcialidad en el tratamiento a los proponentes y contratistas, sin tener en cuenta su posición económica, ideológica, religiosa o sus condiciones personales como raza, sexo o estado de salud.

En cuanto al principio de transparencia Santofimio (2000, 190) considera que: “

> Referirse al principio de transparencia dentro del Estado Social y democrático de derecho, significaba abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones.

Al respecto el Consejo de Estado (MP: Valle, 2007) considerasobre el principio de transparencia que este debe

> Edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado en esta investigación procederemos a analizar si las causales de inhabilidad e incompatibilidad por parentesco son consonantes con el principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Al analizar el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, podríamos descartar los numerales 1, 4,literal f del 5, 6, 7, 9 los cuales se refieren a las modalidades de selección; la expedición de copias; motivar los actos administrativos, la evaluación la adjudicación y la declaratoria de desierta; y los requisitos del aviso, teniendo en cuenta que estas normas regulan temas específicos que hacen parte de procedimientos y documentos puntuales en el trámite contractual.

En cuanto a los demás numerales encontramos lo siguiente:

a. Numeral 2 y 3

Establece la obligación de garantizar la publicidad de las actuaciones y la oportunidad para los interesados de controvertir los conceptos y decisiones,por su parte las disposiciones legales y constitucionales que contienen las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, por las causales de parentesco, al ser taxativas, es de imperativo

tanto para el operador de la Administración como para los proponentes y contratistas cumplimiento conocerlas.

Sin que sea necesario enunciarlas dentro de los procesos contractuales para garantizar su publicidad, ya que como se explicó estas se encuentran en las normas jurídicas.

Por otro lado, si en el curso de un proceso contractual o en la ejecución de un contrato se evidencia que el proponente o contratista incurre en una causal de inhabilidad, la entidad debe requerir a la parte para que indique según el caso, el grado de parentesco, si es cónyuge o compañero permanente, respecto del sujeto que le está generando la inhabilidad, esto con el fin de garantizar el derecho de controvertir los conceptos que tenga la entidad.

b. Numeral 5

Este numeral define los requisitos y reglas puntualmente de los pliegos de condiciones, sin embargo excepto el literal f, debería referirse a todo el proceso de selección, en atención a que en la norma se establece criterios de selección objetiva, al indicar que se definirán reglas claras, justas, objetivas y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y aclara que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones que contravengan estos postulados.

En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por la causal de parentesco es procedente preguntarnos si las mismas están establecidas bajo un criterio de objetividad.

En la exposición de motivos del proyecto de Ley 80 de 1993 se manifestó sobre el tema

> "conviene destacar como el proyecto circunscribe la incompatibilidad respecto de los servidores públicos a quienes desempeñan funciones en los niveles directivos, asesor y ejecutivo, excluyendo, por tanto, la incompatibilidad respecto de quienes ocuparon un cargo en un nivel ocupacional distinto a los mencionados. **Se justifica la disposición debido a la total carencia de facultad decisoria de estos últimos servidores**" (énfasis añadido)

Tal es el caso de las inhabilidades consagradas en el numeral 2 literales b), c) y d) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Frente a las causales del numeral 1 literales g), h) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la discusión se ha centrado en torno al derecho a la libertad económica y libre competencia, que gozan los proponentes frente a las restricciones fijadas por el legislador para limitar la celebración de contratos o la ejecución del mismo, en aras de evitar que el interés particular prime sobre el general.

Una de las preguntas más importantes que se le puede plantear al legislador es bajo cual criterio se establecen los grados y las líneas, ya que si se tiene en cuenta la idiosincrasia de

nuestro país, en la mayoría de municipios y ciudades, no es ajeno que las familias nucleares convivan con miembros de grados más lejanos, también es común en muchos hogares que después del divorcio se conviva con parejas que pertenezcan a segundas relaciones, o con tíos, primos, cuñados etc. Así como también es común en familias grandes que miembros de las mismas se distancien, porque decidan vivir en lugares apartados o sencillamente porque no gozan de buenas relaciones.

En este mismo sentido se podría indagar sobre la relación que existe entre los hermanos del adoptante frente al hijo adoptivo, ya que es común que estos trámites se realicen desde que los niños son muy pequeños, generando lazos de amor con la familia de los adoptantes, sin embargo este parentesco civil no pasa del adoptante, su mujer y el adoptivo, incluso se puede presentar un vínculo de afecto entre el padre biológico que pierde la patria potestad de su hijo por sentencia judicial producto de la adopción a otra familia.

En fin son muchos y muy frecuentes los casos que se pueden presentar que se escapan del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal por parentesco, y bajo este entendido se puede apreciar que no existe una fórmula objetiva que logre definir con certeza la relación real entre los sujetos con vínculos de parentesco o los cónyuges o compañeros permanentes.

c. Numeral 8

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, este punto es trascendental en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal por la causal de parentesco, ya que no es procedente que el servidor público valiéndose de sus potestades transgreda el régimen, favoreciendo intereses propios familiares.

De lo expuesto se puede colegir que el Estatuto General de la Contratación al regular en su artículo 24 el principio de transparencia erróneamente estableció unas reglas para cumplir dentro del trámite precontractual, tal como la regulación de las modalidades de selección, el traslado para las observaciones, ciertos requisitos que debe tener el pliego de condiciones …, de suerte que el principio no resulta consecuente con su propia naturaleza, es decir, la de proyectarse en la imparcialidad exigible al comportamiento del administrador público, la de garantizar la igualdad, la publicidad y la primacía de la selección objetiva del contratista, pues al entrar regular dentro del mismo los pasos y requisitos específicos se transformó en una regla de obligatorio cumplimiento, que no es susceptible de aplicarse gradualmente, ni de ponderarse frente a otro principio.

Adicionalmente se observa que no existe un fundamento objetivo para establecer las causales de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar y ejecutar contratos estatales por la causal de parentesco, que sea consecuente con la realidad actual.

II. CAPITULO.

2.1. CAUSALES DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO LEGAL

El Estatuto Contractual establece principios y reglas esenciales para la contratación estatal, además de los parámetros generales para desarrollar esta actividad y los mecanismos de selección que le permite la escogencia de la mejor oferta y oferente, todo esto encaminado a dar cumplimiento a los fines instituidos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y en procura de la obtención del bienestar general.

Una de las instituciones que creó el legislador para garantizar la selección objetiva es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en la contratación estatal el sustento para implementar este régimen, se deriva del postulado que el interés general prevalece sobre el interés particular, ya que "el interés general debe ser propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, (Santofimio citado por Roa & Ferrer, 2008, 87).

Entre los principios rectores de la contratación estatal se encuentra el de transparencia, el cual tiene como una de sus funciones "garantizar la consecución del interés general, puesto que su rigurosa observancia al igual que lo hace el principio de moralidad administrativa, evitan que en razón de sus intereses privados las autoridades públicas se desvíen de su función constitucional y legal" (Artehortúa, 2010,102)

Pese a tener claro, el origen y móvil por el cual se deben consagrar las inhabilidades e incompatibilidades el legislador en su afán por combatir la corrupción tras el paso del tiempo ha pretendido introducir y modificar normas en las cuales dispone diversas causales de inhabilidad e incompatibilidad, sin embargo no se encuentra en los proyectos de ley presentados una exposición clara y motivada de las razones por las cuales se introducen nuevas causales o se modifican otras, así por ejemplo el Decreto 222 de 1983 estableció en el parágrafo 1 del artículo 9 *"para los efectos previstos en el son parientes quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad*…." mientras que la ley 80 de 1993 por medio de la cual se deroga el citado decreto, dispuso en el artículo 8 algunas inhabilidades e incompatibilidades por parentesco en el segundo grado de consanguinidad. Este es un cambio que afecta ostensiblemente la aplicación de las causales, ya que lo anterior trae como consecuencia que para el caso de los parientes verbigracia los primos (cuarto grado) o sobrinos (tercer grado) no aplique inhabilidad o Incompatibilidad.

Igualmente se observa que el decreto 222 de 1983, estableció restricciones que solo tenían aplicación al momento de celebrar el contrato con el Estado, es decir quedaba abierta la posibilidad de que el proponente dentro del proceso de selección estuviera incurso en inhabilidad o incompatibilidad y que esta se extinguiera durante el trámite, pudiendo al final suscribir el contrato, el único control al respecto se llevaba a cabo estipulando esta situación en los pliegos de condiciones como una causal de rechazo. La Ley 80 de 1993 dispone inhabilidades e incompatibilidades tanto para celebrar contratos como para participar en licitaciones.

Al realizar el análisis de las inhabilidades e incompatibilidades en el ordenamiento jurídico Colombiano, además de no tener claridad en la motivación de las normas, se evidencia la proliferación de causales , esto obedece a que no ha existido una política legislativa clara en esta materia, tanto para establecer las causales como para incorporarlas en normas jurídicas de distinta naturaleza y contenido, es por ello que tratadistas como Pino Richi (2005, 104), han señalado que "*en nuestro país no existe una sola norma que se ocupe de manera exclusiva del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ya que han sido distribuidas por todo el ordenamiento jurídico. Desafortunadamente en el estatuto contractual no se realizó una compilación única que otorgará certeza a los servidores públicos y los administrados*".

En el mismo sentido se pronuncia el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION (2002) "El excesivo normativismo y reglamentarismo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal, dificulta su sistematización, coherencia, conocimiento, entendimiento y aplicación".

Se evidencia en el ordenamiento jurídico una serie de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado y para participar en los procesos contractuales, de los cuales encontramos:

2.1.1. Constitución Política

2.1.1.1 En el artículo 122 se establece que no podrán celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio de Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposas, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con carga a su patrimonio el valor del daño.

2.1.1.2 El artículo 127 dispone que los servidores públicos no podrán celebrar por sí, o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

2.1.1.3 El artículo 180, señala algunas prohibiciones para los congresistas entre las que encontramos: gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno y celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o

inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones. Exceptuando del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

2.1.1.4 El parágrafo del artículo 261 indica que las inhabilidades e incompatibilidades prevista en la Constitución y en la Ley, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia

2.1.2. Ley 4 de 1992

2.1.2.1. En el artículo 19 se prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público, o recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Sin embargo establece algunas excepciones:

i. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
ii. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
iii. Las percibidas por concepto de sustitución pensional.
iv. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra
v. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
vi. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
vii. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Cabe señalar que en estos casos, no se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades

2.1.3. Decreto 1421 de 1993

2.1.3.1. El artículo 68 prescribe para los ediles, que no podrán gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos de cualquier clase ante las entidades públicas distritales ni ante las personas que administren tributos; ni ser apoderados ante las mismas entidades o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta

persona, contrato alguno, esto sin perjuicio de las funciones propias de su cargo.

2.1.4. Ley 80 de 1993

Esta norma recoge gran parte de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, establece las causales para la participación en el proceso de selección, para la celebración del contrato, regula la posibilidad de las inhabilidades sobrevinientes y además exceptúa de la aplicación del régimen a algunos sujetos, por ejemplo a las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades 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.

2.1.4.1. El artículo 8 de la ley 80 de 1993, enlistó un gran grupo de causales de inhabilidad e incompatibilidad así:

i. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por disposición constitucional y legal.

   Lo anterior obedece a que las causales son taxativas, razón por la cual para determinar si un hecho constituye o no una inhabilidad es un requisito que esta se encuentre en una disposición legal.

ii. Quienes participaron en procesos contractuales o suscribieron contratos estando inhabilitados, por este hecho se incurre en inhabilidad de cinco años contados a partir de la participación en el proceso selectivo o en la celebración del contrato.

   Adicionalmente el artículo 26 de la ley 80 de 1993 determina responsabilidad para los contratistas por haber ocultado al contratar inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. (Solano, 2010,132)

iii. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

   La caducidad es una de las prerrogativas excepcionales, con que cuenta el Estado y consiste en que en el evento en que el contratista incumpla, la Administración contratante se encuentra facultada para terminar el contrato (Yong, 2012, 222).

Esta disposición hace parte de las clausulas excepcionales y está contenida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 consiste en que se debe declarar la caducidad mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que se ordenará la terminación y liquidación del contrato, previo agotamiento del debido proceso, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización.

En términos de lo previsto en la Ley declarar o no la caducidad es potestativo de la Entidad, ya que el Estatuto indica que "*en caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado",* sin embargo cabe señalar que dentro de los deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines del estado, están exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado y para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar

Esta inhabilidad se le aplicará a los contratistas que hayan generado la declaración de caducidad con sus acciones u omisiones, esta inhabilidad tendrá una duración de cinco años contados a partir de la ejecutoria del acto que declara la caducidad, para el caso de uniones temporales se debe expresar claramente la persona que generó tal declaratoria.

iv. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a interdicción de derechos y funciones públicas y quienes en proceso administrativo hayan sido sancionados con destitución.

Esta causas genera inhabilidad de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia que impuso la pena accesoria, o la del acto administrativo sancionatorio de destitución por la clase de falta que lo amerite, caso en el cual se trataría de una inhabilidad general. (Solano, 2010, 133)

v. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

Esta inhabilidad será por cinco años contado a partir de la expiración del plazo para la firma del contrato, para imponerla será necesario determinar la razón justificada que tuvo el adjudicatario para no suscribir el contrato, en este punto es imperativo garantizar el derecho de defensa.

Una causa justa puede ser un eximente de responsabilidad como fuerza mayor o el caso fortuito, por tanto sería casual exculpatoria para el contratista ya que el

mismo no pudo prever tales hechos y tampoco los pudo evitar pues estaban fuera de su control. (Franco Gutiérrez Omar citado por Solano, 2010,134)

vi. Los servidores públicos.

Se consideran servidores públicos aquellas personas naturales que prestan en forma dependiente, sus servicios a las entidades estatales referidas en el numeral 1 del artículo 2 E.C.

Esta inhabilidad aplica a los servidores salvo las excepciones legales, tal como es el caso de los profesores por hora cátedra.

vii. Los 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 un mismo proceso.

viii. Excepto las anónimas abiertas, las sociedades 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.

ix. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Como se indicó párrafos atrás, la caducidad consiste en una prerrogativa que posee la Administración para sancionar al contratista por un incumplimiento probado en cabeza del mismo, el cual afecte de manera grave la ejecución del contrato hasta conducirlo a su paralización.

La presente causal hace referencia no solo al contratista incumplido sino a sus socios, tanto en la sociedad en la cual participó, con la que ejecutó como contratista y en las sociedades que conforme posteriormente.

La declaratoria de caducidad a una sociedad se traslada a sus socios sean personas jurídicas o naturales, generando inhabilidad por cinco años contados a partir de la ejecutoria del acto que decreta la caducidad.

x. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo 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.

xi. 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

xii. 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.

xiii. 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.

xiv. 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.

2.1.4.2. El artículo 9 establece las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.
Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

2.1.4.3. Por su parte el artículo 58 ordena que en caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

Asimismo el numeral 6 del artículo 58 dispone que en el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de

una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere Sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.

2.1.5. Ley 142 de 1994.

2.1.5.1. Artículo 44Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades;

i. 44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

ii. 44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

iii. 44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar los cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros.

   Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas.

iv. 44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

v. El artículo 66 modificado por el art. 11 de la ley 689 de 2001 prescribe que las personas que cumplan las funciones de vocales de los comités de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, sus cónyuges y compañeros permanentes y sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, así como quienes sean sus socios en sociedades de personas, no podrán contratar con ellas, con las comisiones de regulación ni con la Superintendencia de Servicios Públicos.

   La incompatibilidad e inhabilidad se extenderá hasta dos años después de haber cesado el hecho que le dio origen.
   La celebración de los contratos de servicios públicos o, en general, de los que se celebren en igualdad de condiciones con quien los solicite, no da lugar a aplicar estas incompatibilidades o inhabilidades.

2.1.6. Ley 136 de 1994

2.1.6.1. El artículo 45 establece entre las prohibiciones para los concejales celebrar con entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno salvo algunas excepciones. Así como celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste y ser contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

2.1.6.2. En el artículo 96 se encuentran entre las prohibiciones para los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, e intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

2.1.6.3. El artículo 126 prohíbe a los miembros de las Juntas Administradoras Locales celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas.

2.1.7. Ley 489 de 1998

2.1.7.1. Esta norma establece en su artículo 113, que Los representantes legales de las entidades privadas o quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Adicionalmente prohíbe a los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que haya ejercido funciones administrativas, ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

2.1.8. Ley 610 de 2000

2.1.8.1. El artículo 60 dispone que quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente.

Siendo la moralidad, como antes se explicó, uno de los principios rectores de la Función Administrativa, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para ser Contratista en cualquier de los niveles de la Administración (nacional, departamental, distrital o municipal) constituye un mecanismo de defensa del patrimonio público, por cuanto impide a los responsables fiscales obtener beneficios del Estado (del cual son deudores).

En síntesis, el Boletín de Responsables Fiscales cumple dos propósitos fundamentales:

1) Dado su carácter público, es una sanción moral y social para aquellas personas que con su conducta dolosa o culposa causaron un daño patrimonial al Estado y no lo han reparado.

2) Es un instrumento de coacción dirigido a que los responsables fiscales reparen inmediatamente el daño, dadas las funestas consecuencias de su inclusión en dicho boletín.

2.1.9. Ley 685 de 2001

2.1.9.1. En el artículo 163 se instituye una inhabilidad por un término de cinco (5) años a quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras.

Esta pena es accesoria y deberá imponerse por el juez en la respectiva sentencia.

2.1.10. Ley 734 de 2002

2.1.10.1. El artículo 39 prohíbe para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

2.1.10.2. En el artículo 40 se determina que todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2.1.10.3. El artículo 41 dispone que las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

2.1.11. Ley 1150 de 2007

2.1.11.1. El artículo 6 indica que en el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias que hayan alterado en su favor la calificación y clasificación del inscrito, se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

Las mismas sanciones previstas en el inciso anterior se predicarán en el evento en que el Juez de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto de inscripción.

En esta causal se evidencia que el proceso de verificación para inscribir, renovar o actualizar los datos del registro único de proponentes puede concluir con una decisión que lleva a la configuración de una inhabilidad para contratar. (MORALES, 2009, 337)

2.1.11.2. El 18 adiciona el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, incluyendo la inhabilidad para as personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas".

2.1.11.3. El parágrafo del artículo 18 aclaro que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

2.1.12. Ley 1474 de 2011

2.1.12.1. El artículo 1º (modificatorio del literal j del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993) señala que estarán inhabilitadas las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos

contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

2.1.12.2. El artículo 2o. (modificatorio del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993) incluye la inhabilidad para las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

2.1.12.3. El artículo 3º (modificatorio del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002) prohíbe prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

2.1.12.4. El artículo 4º Adicionando un literal f) al numeral 2 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, dispone que 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 público.

2.1.12.5. En el artículo 5º se establece que quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

2.1.12.6. El artículo 26 adiciona en la Ley 599 de 2000 el artículo 403A, el que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

2.1.12.7. El artículo 27 adiciona en la Ley 599 de 2000 el artículo 410A, el que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento

contractual, incurrirá en inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

2.1.12.8. El parágrafo del artículo 27 establece que el que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

2.1.12.9. El artículo 29 modificatorio del artículo 412 del Código Penal prescribe que el servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

2.1.12.10. En el artículo 84 se instituye como causal de inhabilidad para el interventor, que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

2.1.12.11. El artículo 90 señala que quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

i. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
ii. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
iii. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En cuanto a esta causal se observa que con ella, el legislador busca prever el incumplimiento de los contratos y para esto permite al operador utilizar la herramienta que la ley 1150 de 2007 estableció como lo es el registro único de proponentes (RUP).

El cual tiene por objeto incluir la información de las personas naturales o jurídicas que aspiran a celebrar o han celebrado contratos con el Estado (Ramos & Ramos, 2012, 152), este documento está a cargo de la Cámara de Comercio.

2.1.13. Ley 1562 de 2012

2.1.13.1. En el artículo 7° se encuentra como un efecto por el no pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales que la empresa reportada en mora no podrá presentarse a procesos de contratación estatal.

Como se puede observar en el recorrido normativo de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con el Estado, encontramos que la posición del legislador se enmarca dentro de la cultura de “lo escrito”, es decir, para cada caso particular que va afrontando el operador de los procesos contractuales se ha pretendido establecer una regla que regule tal situación y restrinja la participación de los proponentes o la celebración de los contratos, sin embargo, en la práctica abarcar el cúmulo de situaciones que podrían afectar la transparencia y la moralidad en la contratación estatal sería una tarea dispendiosa y de imposible cumplimiento y lo único que haría sería engrosar la lista de disposiciones normativas generando mayor confusión y desconocimiento respecto de las mismas.

Así mismo, al tratar de reglar todas las situaciones se ha logrado un efecto contrario al interés general, en atención a que varias de las causales atienden a intereses particulares o de sectores, lo cual se convierte en un círculo vicioso, en cual se continuarán creando causales cuanto caso aparezca en el contexto histórico.

Ahora bien, dado que, las causales de inhabilidad e incompatibilidad tienen un carácter taxativo y que pueden incluirse en cualquier rama del derecho, tal es el caso del Código de

Minas (ley 685 de 2001), las disposiciones aplicables al derecho laboral (ley 1562 de 2012), las introducidas en materia electoral, entre otras, se ha convertido en la justificación para incluir en el sistema jurídico, sin importar su especialidad, una diversidad de causales.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado principalmente de estudiar las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a cargos de elección popular, tema de impacto social y político al interior de una democracia, empero en cuanto al régimen aplicable a la contratación estatal estas fuentes del derecho quedan limitadas.

En este orden de ideas se puede aseverar que en la práctica no es muy común que los proponentes o los contratistas incurran en las causales de inhabilidades e incompatibilidades, de suerte que, no resulta eficaz la extensiva reglamentación.

Finalmente para optimizar la interpretación de las normas, es menester recurrir a la aplicación de los principios que fundamentan la contratación estatal, los cuales deben gozar de un carácter general que permita al operador establecer o no la restricción para participar en los procesos de selección o ejecutar los contratos, evitando la excesiva regulación y generando una imparcialidad ajustada a la realidad del proceso o contrato lo cual garantizaría de una forma más efectiva la primacía del interés general sobre el particular.

III CONCLUSIONES

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades se configura como una de las formas de incapacidad particulares, la inobservancia de estas puede ocasionar una nulidad absoluta de los contratos celebrados.

La ley 80 de 1993 , unificó forzadamente los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, dándoles un solo tratamiento jurídico a las dos figuras, entendiéndolos como sinónimos, desconociendo las diferencias conceptuales que poseen por su naturaleza a nivel jurídico.

A partir de la Constitución de 1991 en el ordenamiento jurídico colombiano, se ha establecido un excesivo normativismo y reglamentarismo sobre causales de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal, generando dificultades en su sistematización, coherencia, conocimiento y por ende aplicación.

Las causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad por parentesco, buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial con quienes ostentan posiciones directivas en la Administración puedan participar en los procesos de selección. Sin embargo, se evidencia que su efectividad es cuestionable ya que tales causales no tienen una motivación definida por la ausencia de una política legislativa objetiva a la hora de establecerlas y el indiscriminado establecimiento de causales en el ordenamiento jurídico.

Pese a que no todas las causales por parentesco hacen referencia al servidor público, sí recae sobre éste el reproche de la responsabilidad penal y/o disciplinaria y/o preventiva y correctiva y/o pecuniaria por la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ya que estas responsabilidades han sido establecidas bajo el entendido de garantizar los principios de transparencia y moralidad administrativa.

Conforme al artículo 23 de la Ley 80 de 1993, la lista de principios a los cuales hay que acudir en la práctica contractual administrativa es muy extensa, por tanto no debemos restringirnos a considerar que los principios aplicables a la contratación solamente son el de transparencia, economía y responsabilidad.

Los principios aplicables a la contratación estatal en Colombia son, los de la función pública artículo 209 de la Constitución Política, Principios del Estatuto General de la Contratación artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, los principios particulares de la actuación administrativa Artículo 3 Ley 1437 de 2011 y otros principios legales que le sean aplicables y los establecidos por la jurisprudencia y la doctrina

El Estatuto General de la Contratación instituyó como uno de los principios de la Contratación la transparencia, sin embargo conforme a la diferenciación entre principio y regla, la redacción de estas normas no obedecen a una estructura de principio, dado que la ley se limitó a fijar procedimientos en estos artículos respecto de los tramites precontractuales a agotar, los cuales son obligatorios y no corresponden a un mandato de optimización que puede ser aplicado en diversos grados, pues en el evento de eludir el procedimiento el funcionario público puede incurrir en la comisión del delito de indebida celebración de contratos.

Son muchos y muy frecuentes los casos que en la realidad se pueden presentar que se escapan del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal por parentesco, y bajo este entendido se puede apreciar que no existe actualmente en el ordenamiento jurídico una fórmula legislativa ni reglamentaria objetiva que logre definir con certeza la relación real entre los servidores públicos con poder decisorio en la actividad contractual estatal y sujetos potencialmente contratistas estatales, entre los que pueda existir vínculos de parentesco o que sean cónyuges o compañeros permanentes

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert**.** Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Tomado el día 15 de octubre de 2013, de la página web. http://www.spencer.adv.br/universidades/Alexy-Sistema%20juridico%20principios%20juridicos.pdf

2. ARTEHORTUA RIOS, Carlos Alberto, HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo y OSPINA Jesús Marino (2010). Temas en Contratos Estatales. Medellín –Colombia. Biblioteca Jurídica DIKE.

3. ASOCIACION HENRY CAPITANT (1995). Vocabulario Jurídico. Bogotá – Colombia. Editorial Temis

4. BENAVIDES, José Luis (2002). El Contrato Estatal Entre el Derecho Público y el Privado (Reimpresión 2007). Universidad Externado de Colombia.

5. BOTASSI, Carlos (2010). Ensayos de derecho administrativo. Argentina. Editorial: Librería Editora Platense S.R.L.

6. GIL BOTERO, Enrique (2011). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá – Colombia. Quinta edición. Temis S.A.

7. CATRO CUENCA, Guillermo, GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda, MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón (2010). La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y regulación internacional. Bogotá – Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

8. CEDIEL DE PEÑA, Martha (1994). “Principios de la Contratación Estatal” en La Nueva Contratación Administrativa. Cámara de Comercio de Bogotá.

9. CONRADO IMITOLA, Roque Luis (2012). Los Principios en la Contratación Estatal. Bogotá – Colombia. Grupo Editorial Ibañez.

10. CUELLO DUARTE, Francisco (2009). Contratos de la Administración Pública, Decretos reglamentarios, comentarios, doctrinas, jurisprudencias, modelos de actos administrativos contractuales. Tercera edición. Bogotá- Colombia. .ECOE

11. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION (2002). La Misión de Contratación hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública. Mauricio Fajardo Gómez. Tomo II. Bogotá – Colombia. Giro Editores Ltda

12. DUSSAN HITSCHERICH, Jorge (2005). Elementos del Contrato Estatal. Bogotá – Colombia. Fundación Universitaria de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

13. DWORKIN, Ronald (1992). “El Modelo de las Normas l” en Los Derechos en Serio. Barcelona. Ariel Derecho.

14. ESCOBAR GIL, Rodrigo (2000).Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá – Colombia. Legis.

15. ESTRADA VELEZ, Sergio Iván (2011). Los principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad (Tercera Edición). Medellín- Colombia. Sello Editorial Universidad de Medellín.

16. GALINDO POBLADOR, Diana Carolina (2010). Las Tensiones entre las Perspectivas Axiológica y Deontológica del Derecho y el Modelo de Principios en Colombia. Tesis de Maestría. Bogotá – Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

17. GOMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo (2002). Principios del Derecho Administrativo. Bogotá – Colombia. ABC Editores Librería.

18. GÓMEZ MONTES, José Lázaro (2007). Principios Fundamentales de la Contratación Estatal. Medellín – Colombia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

19. LAMPREA, Pedro Antonio (2007). Contratos Estatales. Bogotá – Colombia. Temis.

20. LEON HURTADO, Avelino (1952) La Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos. Santiago de Chile. Jurídica de Chile.

21. MATALLANA CAMACHO, Ernesto (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública. Tercera edición. Bogotá – Colombia. Universidad Externado de Colombia.

22. MONTOYA OSORIO, Martha Elena, MONTOYA PEREZ, Guillermo (2010). Las personas en el derecho civil de las personas y otros sujetos de derecho. Bogotá – Colombia. Leyer.

23. MORALES RESTREPO, Didier (2012). Régimen de la Contratación Estatal. Bogotá – Colombia. Editorial Leyer.

24. MUNAR CASTELLANOS, Lucely Rocio, ORTIZ ARCINIEGAS, Luis Roberto (2011). Nuevo Régimen Administrativo Especial y Procesal (Primera Edición Reimpresión 2012). Bogotá- Colombia. Universidad Católica de Colombia.

25. MURCIA RAMOS, Angela M. (2012). Los Derechos Colectivos y la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia.

26. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo (2005). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá – Colombia. Temis

27. PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel (2005). La Contratación de las Entidades Estatales. (Quinta Edición Reimpresión 2007). Medellín – Colombia. Librería Jurídica Sánchez.

28. PINEDA DE MARTINEZ, Rosa (2004). Régimen de Inhabilidades de los Servidores Públicos. Bogotá D.C. Colombia. Librería Ediciones del Profesional LTDA.

29. PINO RICCI, Jorge (2005). El régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Bogotá D.C. Colombia. Universidad Externado de Colombia.

30. PROCURADURIA GENERAL, CONTRALORIA GENERAL DE SANTANDER, AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Recomendaciones Para Optimizar La Gestión Contractual De las Entidades Públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Tomado el día 14 de noviembre de 2012, de la página web http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011(1).pdf?bcsi_scan_aef13f8f510ee8ae=cWfwxSxe93bVjNBrBKNz5WAyOFAGAAAAEKtyFg==&bcsi_scan_filename=CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011(1).pdf

31. RAMOS ACEVEDO, Jairo (2003). Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano. Medellín- Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

32. RAMOS ACEVEDO, Jairo. RAMOS ACEVEDO, Amparo (2012). Contratación Estatal Teoría General y Especial. Bogotá – Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

33. RICO PUERTA, Luis Alonso (2012). Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Séptima Edición. Bogotá- Colombia. Editorial Leyer.

34. ROA SALGUERO, David Alonso, FERRER LEAL, Hector Enrique (2008).La falta Disciplinaria en la Contratación Estatal. Bogotá – Colombia. Ediciones Nueva Jurídica.

35. RODRIGUEZ, Gustavo Humberto (1994). “Principios de la Contratación Estatal” en La Nueva Contratación Administrativa. Cámara de Comercio de Bogotá.

36. RODRIGUEZ, Libardo (1995). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá – Colombia. Editorial Temis.

37. ROSERO MELO, Bertha Cecilia (2011). Contratación Estatal: Manual Teorico Practico. Ediciones de la U. Tomado el día 21 de diciembre de 2013, de la página web http://site.ebrary.com/id/10560335

38. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Mauro Alberto, CUEVAS MORENO, Ricardo (2009). El órgano de fiscalización superior y el instituto estatal de transparencia y acceso a la información pública, elementos inherentes de la democracia, para el combate a la corrupción en el sector gubernamental (caso Oaxaca). México. Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

39. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2000). Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

40. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2004). Tratado de Derecho Administrativo. TOMO IV. Contratación Indebida. Bogotá D.C. Colombia. Universidad Externado de Colombia.

41. SERRANO GOMEZ, Rocío (2011). Derecho Civil Personas. Bogotá – Colombia. Ediciones Doctrina y Ley.

42. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique (2010).Contratación Administrativa. (Cuarta Edición). Bogotá – Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

43. SUAREZ BELTRAN, Gonzálo (2009). La Nueva Contratación Pública en Colombia. Bogotá – Colombia. Editorial Legis.

44. SUAREZ FRANCO, Roberto (2010). Teoría General de las Personas Jurídicas. Bogotá – Colombia. Temis.

45. UBIDIA, Celia Lira (2009). Los Contratos Públicos. Argentina. El Cid Editor.

46. VALENCIA ZEA, Arturo, ORTIZ MONSALVE, Alvaro (1997). Derecho Civil - Parte General y Personas. (Decimocuarta Edición). Tomo I. Bogotá – Colombia. Temis.

47. VALENCIA ZEA, Arturo, ORTIZ MONSALVE, Alvaro (2000). Derecho Civil - Parte General y Personas. (Decimoquinta Edición). Tomo I. Bogotá – Colombia. Temis.

48. VELASCO TOVAR, Guillermo (2002). Contratación Administrativa CUN Corporación Unificada Nacional de Educación Superior. Bogotá- Colombia. Filigrana Librería y Editorial E.U.

49. VILLAMIZAR SCHILLER, Eddy Alexandra (2009). El Derecho Colectivo: “Moralidad Administrativa” en la Contratación Estatal: fortalecimiento de los Principios del Derecho Administrativo: Red Revista Estudios Socio- Jurídicos. Tomado el día 15 de diciembre de 2013, de la página web http://site.ebrary.com/id/10317303

50. YONG SERRANO, Samuel (2012). El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva

Legislación. Bogotá- Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

JURISPRUDENCIA:

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415/94. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.Septiembre 22 de 1994.
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429/97. Referencia: Expediente D-1594. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Septiembre 4 de 1997.
3. CORTE CONSTITUCIONAL. C-348/04. Magistrado Ponente:JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Abril 20 de 2004.
4. CORTE CONSTITUCIONAL.C-903/08. Expedientes D-7222 y D-7231 (acumulados).Magistrado Ponente: JAIME ARAUJO. Septiembre 17 de 2008.
5. CORTE CONSTITUCIONAL. SentenciaC-353/09**.** Referencia: expediente D-7518 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Mayo 20 de 2009.
6. CORTE CONSTITUCIONAL. C-630/12. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Agosto 15 de 2012.
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 761-1995. Consejero Ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN. Diciembre 5 de 1995.
8. CONSEJO DE ESTADO Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación número: 1097. Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Abril 29 de 1998.
9. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil.Radicación:1001-03-06-000-2007-00046-00, No.1831. Consejero Ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS. Julio 5 de 2007.
10. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Consejera Ponente:RUTH STELLA CORREA PALACIO. Diciembre 03 de 2007.
11. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera C. Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. 31 de enero de 2011.

CONCEPTOS:

1. Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicación No. 20116000020851.
2. Concepto del Departamento Nacional de Planeación. Rad. 20116630475442. Tema: Prohibición establecida en el artículo 5º de la Ley 1474 de 2011 frente al ejercicio de la interventoría. Elaborado por Jorge Hernán Beltrán Pardo. Publicado en la página web https://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/inhabilidades%20incompatibilidades%20y%20conflicto%20de%20interes/06.pdf.

NORMAS:

1. CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículos 122,127,180,209,261. Promulgada el 4 de julio de 1991.

2. CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Ley 1437 de 2011. Enero 18 de 2011. Colombia
3. CODIGO PENAL. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000. Colombia
4. CODIGO CIVIL. Ley 57 de 1887. Mayo 26 de 1973. Colombia
5. LEY 4 de 1992. Mediante la cual se reglamenta el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales. Mayo 18 de 1992. Diario Oficial No. 4045.
6. LEY 5 de 1992. Por la cual se Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. Junio 18 de 1992. Diario Oficial No. 40483.
7. LEY 80 DE 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación Administrativa. Octubre 28 de 1993.
8. LEY 136 DE 1994. por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Junio 2 de 1994. Diario Oficial No. 41377
9. LEY 177 de 1994. por la cual se modifica la Ley 136 de 1994. Diciembre 28 de 1994.Diario Oficial No. 41615
10. LEY 190 DE 1995. por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Junio 6 de 1995. Diario Oficial No. 41878
11. LEY 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política. Diciembre 29 de 1998. Diario Oficial No. 43464.
12. LEY 610 DE 2000. por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Agosto 18 de 2000. Diario Oficial No. 44133.
13. LEY 617 de 2000. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Octubre 6 de 2000. Diario Oficial No. 44188.
14. LEY 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Septiembre 8 de 2001. Diario Oficial No. 45273.
15. LEY 734 DE 2002. por la cual se expide el Código Disciplinario Unico. Febrero 5 de 2002. Diario Oficial No. 44699.
16. LEY 1150 DE 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. Diario Oficial No. 46691.
17. LEY 1148 de 2007. por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones. Julio 10 de 2007. Diario Oficial No. 46685.

18. LEY 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. Diario Oficial No. 48128.
19. LEY 1562 de 2012. Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. Julio 11 de 2011. Diario Oficial No. 48488.
20. Decreto 222 de 1983. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación Administrativa. Febrero 2 de 1983. Diario Oficial No. 36.189.
21. Decreto Ley 1421 de 1993. Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Julio 21 de 1993. Diario Oficial 40.958.
22. Decreto 92 de 1998. Por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones. Enero 13 de 1998. Diario Oficial No. 43217.
23. Decreto 0734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012. Diario Oficial 48400.
24. Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de Compras Y Contratación Pública. Julio 17 de 2013. Diario Oficial 48854.