

Bogotá D.C., 04 de Julio de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230704006924
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 04/07/2023 11:43:02



Concepto C – 315 de 2023

Temas:

CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Diferencias – Similitudes / INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual / CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / LEY 2097 DE 2021 – REDAM – Objeto / OBLIGACIÓN ALIMENTARIA – Definición / INHABILIDAD – REDAM – Ámbito de aplicación – Constitucionalidad / REDAM – Vigencia – Condicionamiento – Tesis de la Reglamentación

Radicación:

Respuesta a consulta P20230615012366

Respetada señora :

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 15 de junio de 2023.

1. Problema planteado



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Usted realiza la siguiente pregunta: "Tratándose de convenios de cooperación, se debe exigir la inscripción de deudores alimentarios morosos (ley 2097 de 2021)? [...]".

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado negocio en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Con este objetivo se abordarán los siguientes temas: i) contexto normativo de los contratos o convenios interadministrativos, ii) régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, iii) límites de la

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general".



capacidad contractual en relación con la reserva de ley y la interpretación restrictiva de estas disposiciones y iv) alcance de la restricción prevista en el artículo 6.1 de la Ley 2097 de 2021, reglamentada por el Decreto 1310 de 2022.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1º de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, C-056 del 26 de abril de 2023 y C-094 del 4 de mayo de 2023, analizó el régimen de los contratos o convenios interadministrativos. Asimismo, en los Conceptos 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-639 del 27 de octubre del 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020 C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio del 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022 y C-252 del 30 de mayo de 2022, analizó los contornos generales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, haciendo énfasis en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos –REDAM– en los Conceptos C-126 del 24 de abril de 2023 y C-208 del 20 de junio de 2023². La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente de acuerdo con las preguntas realizadas.

2.1. Marco normativo de los contratos o convenios interadministrativos

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales³. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes⁴. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

³ Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales".

⁴ Ley 1150 de 2007: "Artículo 2, numeral 4, literal c. [...] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".



La Corte Constitucional, en Sentencia C-671 de 2015, expresó que “Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”. Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico comercial concurren personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales⁵.

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa a los contratos interadministrativos y no a los convenios, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es conveniente destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que representan figuras similares en la medida en que concurren entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su



cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos [...]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil [...]”⁶.

Si bien tanto los contratos como los convenios comparten características comunes explicadas en los párrafos precedentes, difieren en cuanto a ciertos aspectos esenciales. Así, mientras que el *contrato interadministrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios interadministrativos*, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional. De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

“[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, *las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal*

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no".⁷ (Cursiva fuera del texto original)

De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración⁸; sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, "[...] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación [...]"⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio. En tal sentido, teniendo en cuenta sus características comunes, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido logre inferirse que se quiere otorgar un contenido en particular. Por lo demás, se reitera la conclusión en el sentido de que

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. Esta diferencia entre contrato y convenio está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público. Por ello, la doctrina extranjera también estima que: "De la figura del "contrato" se diferencia la del "convenio". Mientras el núcleo característico del "contrato" es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el "convenio" tiene por objeto el desarrollo de una actividad de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizatoria, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas" (Cfr. BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39).

⁸ Por ejemplo, Peña Nossa estima que "La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture*, etc." (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91).

⁹ PLANIOL, Marcel & RIPERT, George. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. p. 24.



lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales.

Desde esta perspectiva, los convenios de cooperación –por ejemplo, los previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998– también hacen parte de la actividad contractual del Estado. Como explica la doctrina, “[...] el convenio de la administración constituye formalmente una modalidad de la actividad contractual del Estado, entendida como la que se realiza mediando un acuerdo de voluntades [...]”¹⁰. Luego, considerando que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos estatales como “[...] todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”, aplican las restricciones previstas en el artículo 8 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la medida que “Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales [...] Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”.

Aunque los convenios de cooperación sean celebrados por entidades exceptuadas, es necesario tener en cuenta que –según el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022– dispone que “[...] aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. Incluso se extienden al régimen de las ESAL de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 092 de 2017¹¹. Por tanto, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico para su aplicación, las inhabilidades e incompatibilidades son transversales al sistema de compras y contratación pública¹².

¹⁰ CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración pública: entre la gestión pública y la actividad contractual. Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2020. p. 64.

¹¹ Decreto 092 de 2017, “Artículo 6. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”.

¹² Sobre las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 dispone que “No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las

2.2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que “las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”¹³.

La consagración limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado:

De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la

entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado¹⁴.

Así las cosas, las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado¹⁵.

Además, la Corte Constitucional explica que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República a la luz del artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).
[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)¹⁶.

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia¹⁷.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹⁸ establecen inhabilidades-sanción,

¹⁸ Ley 80 de 1993: "Artículo 8: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i) 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.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

[...]

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

- a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad 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.
- 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.



porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

2.3. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁹ como en el de las entidades exceptuadas de aquel²⁰. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) 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". (...).

¹⁹ Ley 80 de 1993: "Artículo 6. De la capacidad para contratar. 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.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más".

²⁰ Código Civil: "Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012²¹–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales²².

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas²³, ii) de

[...]

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra".

²¹ Decreto Ley 19 de 2012: "Artículo 221. El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes".

²² En tal sentido, José Luis Benavides comenta que "Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el registro único (2)" (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

²³ Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: "Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados" (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); "Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad" (art. 8, num. 1º, lit. c, Ley 80/93); "Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución" (art. 8, num. 1º, lit. d, Ley 80/93); "Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado" (art. 8, num. 1º, lit. e, Ley 80/93); "i) 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" (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); "Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional" (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); "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" (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); "Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades



vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil²⁴ o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado²⁵. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado²⁶. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios

estatales, durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales" (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19.

²⁴ Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: "Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación" (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93; "Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación" (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93).

²⁵ Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: "Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) 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 [...]" (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16; "Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante" (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011).

²⁶ Como las señaladas a continuación: "Los servidores públicos" (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93; "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" (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93; "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" (art. 5, Ley 1474/11).



para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual, como se desarrolló en el numeral 2.1. de este concepto. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos²⁷.

De otro lado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes, obras y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente una naturaleza sancionatoria o “neopunitiva”²⁸. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*²⁹, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior

²⁷ En esta línea Dávila Vinuesa Expresa: “El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevenido podrían sugerir ideas diferentes y en consecuencia, efectos también distintos. Sin embargo, se trata de conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas. En nada afecta el calificar una causal con denominación diferente a la empleada en el texto legal, cuando mucho se criticará la falta de precisión. Ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se general para una y otra son exactamente los mismos. Incluso se podría afirmar que ante la semejanza de las figuras, conviene emplear un único vocablo, con lo cual serían innecesarias los intentos y las elucubraciones y explicaciones, algunas novedosas que podrían ensayarse”. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148).

²⁸ BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

²⁹ Ibídem. p. 69.



de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, que “[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”³⁰. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”³¹. En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento³².

También ha dicho que:

[...] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); [...]”³³.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.

³² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.



Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad³⁴

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, “[...] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos”³⁵ En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que “[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas [...]”³⁶. En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

2.4. Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Alcance de la restricción prevista en el artículo 6.1 de la Ley 2097 de 2021, reglamentada por el Decreto 1310 de 2022

El 2 de julio de 2021, el Gobierno Nacional sancionó la Ley Estatutaria 2097 de 2021, cuyo objeto –de acuerdo con el artículo 1– consiste en “[...] establecer medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y crear el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam), como mecanismo de control al

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: “[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran” (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.



incumplimiento de las obligaciones alimentarias". Conforme a la exposición de motivos del proyecto ley, existe una vulneración de derechos al interior de la institución familiar, cuyo despliegue en materia de política pública ha sido limitado y resulta insuficiente para atender la problemática asociada al incumplimiento de la obligación legal prevista en el Título XXI del Libro Primero del Código Civil, especialmente, en el caso de los menores de edad, con las repercusiones que esta tiene tanto para ellos como para quien tiene la responsabilidad del cuidado y manutención. Por ello, tomado como referencia legislaciones foráneas como Estados Unidos, Perú, Uruguay, así como normatividades análogas en provincias y estados como Buenos Aires y Córdoba, en la Argentina, y la Ciudad de México, en México, los ponentes de la iniciativa concluyeron que "Estas experiencias de implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos se pueden considerar el punto de partida para obtener una herramienta importante en la lucha contra el incumplimiento del pago de alimentos. Así, la finalidad que se persigue con este tipo de normas sancionatorias es que ante el incumplimiento alimentario se coaccione a los deudores para que cumplan con su obligación"³⁷.

Etimológicamente, la palabra "alimentos" deriva de la expresión latina *alimentum*, la cual se compone del verbo *alere* –que significa criar, nutrir o hacer crecer– y el sufijo *mento* –que indica medio, instrumento o modo–³⁸. Aunque en el uso coloquial, con fundamento en el Diccionario de la RAE, los alimentos se refieren al "Conjunto de sustancias que los seres vivos comen o beben para subsistir", en el ámbito jurídico hace referencia a una de las fuentes de las obligaciones previstas en el artículo 1494 del Código Civil³⁹. Dicha obligación va más allá del simple deber moral, por lo que la ley positiva la dota de coercibilidad como una obligación civil, la cual se fundamenta en la solidaridad de la familia, es decir, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros de un mismo grupo familiar, lo que impone a estos la obligación estricta de suministrar su subsistencia a aquellos que no alcanzan a asegurarla por su trabajo personal⁴⁰. Por ello, la doctrina define la

³⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVII, No. 672, del 13 de septiembre de 2018. pp. 9-10.

³⁸

Cfr.

[³⁹ Código Civil, "Artículo 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".](https://etimologias.dechile.net/?alimento#:~:text=La%20palabra%20alimento%20(producto%20o,%2C%20adulto%2C%20alto%20y%20proletario,consultado el 10 de abril de 2023.</p></div><div data-bbox=)

⁴⁰ Cfr. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen II. Tomo III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013. pp. 375-376.



obligación alimentaria como “[...] la prestación que pesa sobre determinadas personas económicamente posibilitadas, para que en algunos de sus parientes pobres u otras personas que la ley señala puedan subvenir a las necesidades de su existencia”⁴¹, la cual depende de tres (3) presupuestos básicos: i) el estado de necesidad del alimentario, ii) la capacidad económica del alimentante y iii) la existencia de un vínculo jurídico entre ambos. Respecto a este último punto, de acuerdo con el artículo 411 del Código Civil, es necesario tener en cuenta que se beben alimentos:

1. Al cónyuge.
2. A los descendientes
3. A los ascendientes
4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.
5. A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.
6. A los ascendientes naturales.
7. A los hijos adoptivos.
8. A los padres adoptantes.
9. A los hermanos legítimos.
10. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

En este contexto, el REDAM es una medida adicional que el legislador establece para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias. Dicho registro se suma a la posibilidad de iniciar un proceso declarativo para fijar o aumentar la cuota de alimentos, así como ejecutar la providencia judicial que los decreta, competencia que corresponde a los jueces de familia por el proceso verbal sumario –artículos 21 y 390 del Código General del Proceso, respectivamente–. Lo anterior, sin perjuicio de las medidas especiales previstas en la Ley 1098 de 2006 para la atención de los niños y adolescentes, así como la aplicación de las

⁴¹ FUEYO LANERI, Fernando. Derecho civil. Tomo VI. Volumen III. Valparaíso: Imprenta litográfica Universo, 1959. p. 554.



sanciones previstas en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, el cual tipifica el delito de inasistencia alimentaria⁴². Por ello, en el control previo realizado a través de la Sentencia C-032 de 2021, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional estima que:

[...] el debido cumplimiento de las obligaciones alimentarias cumple con fines constitucionales no solo importantes sino imperiosos, al estar vinculados con la satisfacción del derecho al mínimo vital de sus acreedores. Estos son por lo general sujetos de especial protección constitucional, por lo que el incumplimiento mencionado afecta aspectos esenciales para el Estado constitucional, lo que valida las acciones dirigidas a promover el pago oportuno. De otro lado, también se ha demostrado que el incumplimiento en las obligaciones alimentarias es una problemática que afecta con mucha mayor intensidad a las mujeres, puesto que salvo casos excepcionales, los deudores morosos son hombres. Ello necesariamente impone cargas desproporcionadas a las mujeres que son madres o cuidadoras, pues les obliga a asumir de forma exclusiva los costos de manutención propia y de los acreedores alimentarios.

Ante esas circunstancias, resulta plenamente justificado desde la perspectiva constitucional la instauración del REDAM y la fijación de la finalidad descrita en el artículo analizado. Ello no solo porque apunta a la satisfacción de bienes constitucionales de primer orden, sino también porque opera como un factor favorable para la reducción de la violencia económica contra las mujeres derivada del incumplimiento en el pago de las obligaciones alimentarias.

En esta perspectiva, el artículo 2 de la Ley 2097 de 2021 dispone que –sin importar que se trate de alimentos congruos o necesarios, definitivos o provisionales– las medidas previstas rigen para “[...] todas las personas que se encuentren en mora a partir de tres (3) cuotas alimentarias, sucesivas o no, establecidas en sentencias ejecutoriadas, acuerdos de conciliación, o cualquier título ejecutivo que contenga obligaciones de carácter alimentario”.

⁴² Código Penal. “Artículo 233. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Parágrafo 1º. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990”.



Adicionalmente, agrega que “Esta norma aplica para los deudores alimentarios morosos de las personas titulares de derechos de alimentos estipulados en el artículo 411 del Código Civil colombiano, que incurran en las condiciones consagradas en el presente artículo”. Asimismo, el artículo 3 regula el procedimiento de inscripción en los siguientes términos:

El acreedor de alimentos deberá solicitar el registro ante el juez y/o funcionario que conoce o conoció del proceso y/o de alimentos quien, previo a ordenar la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, deberá correr traslado de la solicitud al deudor alimentario que se reputa en mora por cinco (5) días hábiles, al término de los cuales resolverá sobre la procedencia o no de la misma, con fundamento en la existencia o no de una justa causa. La decisión del juez y/o funcionario podrá ser objeto del recurso de reposición quien dispondrá de cinco (5) días hábiles para resolverlo.

Parágrafo 1°. Una vez en firme la decisión que ordena la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, el juez o la autoridad oficiará en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles a la entidad encargada de su operación con el propósito de hacer efectiva la misma.

Parágrafo 2°. Solo podrá proponerse como excepción a la solicitud de registro en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos el pago de las obligaciones alimentarias que se encuentran en mora, siempre y cuando sea la primera inscripción, en el evento de recurrencia en el incumplimiento de las cuotas alimentarias y el pago de las mismas antes del registro, este se llevará a cabo por tres meses en la segunda oportunidad y por 6 meses en las ocasiones siguientes.

Parágrafo 3°. Cuando se acredite la cancelación total de las cuotas alimentarias en mora, el juez oficiará en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles a la entidad encargada de su operación con el propósito de cancelar la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. En el mismo oficio el juez ordenará el retiro inmediato de la información negativa del deudor de alimentos del Registro.

Parágrafo 4°. Cuando la obligación alimentaria conste en título ejecutivo diferente a sentencia judicial, el acreedor alimentario podrá acudir, a prevención, a una Comisaría de Familia o al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para poner en conocimiento el incumplimiento en las obligaciones alimentarias que dan lugar a la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. La Comisaría de Familia o el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, estará obligada a dar inicio al trámite contemplado en el presente artículo, garantizando en todo caso, el



derecho de contradicción y de defensa del presunto deudor alimentario moroso.

Para efectos del tema sometido a consulta, una de las consecuencias más importantes de la inclusión en el REDAM es la aparición de una inhabilidad para celebrar contratos con el Estado. Al respecto, conforme al artículo 6.1 *ibidem*, "El deudor alimentario moroso solo podrá contratar con el Estado una vez se ponga a paz y salvo con sus obligaciones alimentarias. Esta inhabilidad también se predica del deudor alimentario moroso que actúe como representante legal de la persona jurídica que aspira a contratar con el Estado".

De acuerdo con el análisis de la precitada Sentencia C-032 de 2021, para la Corte Constitucional dicha norma es exequible, pues "[...] si se reconoce la validez constitucional de medidas altamente invasivas de la autonomía individual, como son las que se derivan del uso de la tipificación penal, resultaría un contrasentido cuestionar instrumentos de menor intensidad, como es la imposición de este requisito para [...] contratar con el Estado. Adicionalmente, no puede perderse de vista el hecho de que uno de los motivos que fundamentan la imposición de inhabilidades es la conservación de la transparencia y la moralidad administrativa. El incumplimiento de las obligaciones alimentaria afecta valores constitucionales esenciales y, en modo alguno puede desconocerse a la hora de analizar las calidades de los futuros [...] contratistas del Estado". Lo anterior, agregando que la medida cumple con una finalidad importante e imperiosa, la cual consistente en proteger los derechos fundamentales de personas que se ven afectados en su mínimo vital por el hecho del incumplimiento de las obligaciones alimentarias, quienes usualmente son sujetos de especial protección constitucional. La Corte Constitucional considera que la medida es necesaria, porque opera un incentivo para el pago cumplido de esas obligaciones, supeditando la suscripción del contrato respectivo al pago de esa obligación.

Adicionalmente, la Corte Constitucional también estima que ante la contingencia de que el representante legal sea registrado en el REDAM la persona jurídica puede proceder con su pronta remoción –y con ello permitir el normal desarrollo del objeto social frente a los contratos con el Estado– o exigir a aquel que se ponga de inmediato al día en el pago de sus obligaciones, a fin de que sea excluido de dicho registro. Por ello, agrega que "[...] esta extensión también implica la obligación del juez y/o funcionario que ordena la inscripción que comunique de esta, en los términos del inciso primero del artículo 3º del PLE, no únicamente a la



persona natural sino también a la persona jurídica cuando aquella es su representante legal. Esto con el fin de que puedan ejercer las posibilidades de remoción o de exigencia del pago de la obligación, anteriormente mencionadas. De esta manera, en caso de que no ejerza esas opciones, la persona jurídica terminará siendo cobijada por los efectos del reporte, no por el simple hecho de un tercero sino ante su propia inacción y negligencia en acudir a los remedios legales para evitar tales consecuencias jurídicas".

No obstante, pese a que son funciones del REDAM llevar un registro de los deudores alimentarios morosos y expedir gratuitamente los certificados a través de página web, es necesario preguntarse si la obligación de consultarlo para validar la ausencia de la restricción comentada surgió automáticamente con la expedición de la Ley 2097 del 2 de julio de 2021 o, por el contrario, si las medidas adoptadas quedaron condicionadas por la designación de la autoridad responsable de operar el registro, su reglamentación correspondiente, así como la puesta en funcionamiento de la aplicación. La respuesta a esta inquietud depende de tomar partido por la *tesis de la aplicación directa* o por la *tesis de la reglamentación*.

Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe sostener que la intervención del reglamento es accesorio, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, la jurisprudencia explica que la competencia reglamentaria prevista en el artículo 189.11 superior también corresponde a un poder discrecional⁴³. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Ahora bien, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la *tesis de la reglamentación*. Para estos efectos, si bien el Congreso

⁴³ El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República "Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".



de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Este es el caso de la Ley 2097 de 2021, pues – conforme al artículo 7 *ibidem*– “El Gobierno nacional, designará a una entidad del orden nacional para que implemente, administre y mantenga actualizado el Registro Nacional de Deudores de Cuotas Alimentarias”. Por lo demás, de acuerdo con el párrafo de la norma precitada, “La implementación del Registro Nacional de Deudores de Cuotas Alimentarias deberá llevarse a cabo en el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”.

En efecto, el artículo 7 de la Ley 2097 de 2020 contiene un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional⁴⁴. Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce “[...] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que [...] la concreten” (Corchetes fuera de texto)⁴⁵.

Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal, ya que el procedimiento para la cesión unilateral del contrato del artículo 9 de la Ley 2014 de 2019 también estaba condicionado por su reglamentación previa en los

⁴⁴ No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria “[...] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto).

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: “[...] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.”. (*ibidem*).



términos del parágrafo 2 *ibidem* antes de su declaratoria de inconstitucionalidad⁴⁶. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato⁴⁷. Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una norma que establece un plazo es la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía «la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación». El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección, la selección abreviada; pero esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: la expedición del reglamento. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

[...] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)⁴⁸.

⁴⁶ El parágrafo 2 de la norma citada disponía que «El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». No obstante, conforme al comunicado de prensa del 25 de febrero de 2021, la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Para estos efectos, «[...] la Corte consideró inexecutable la atribución de facultades reglamentarias para el propósito de señalar cómo y a quién se va a ceder el contrato, pues tales asuntos deben ser definidos directamente por la ley [...]». Por lo demás, «[...] Aclaró que la potestad reglamentaria opera solamente después de esta determinación legislativa» (Cfr. https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexecutableidadpor%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf).

⁴⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigor; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición. En efecto, si bien en la propuesta inicial y en el curso del primer debate en el Senado y en la Cámara de Representantes la operación del REDAM correspondía al del Ministerio de Justicia y del Derecho, a partir del segundo debate en el Senado se definió que el Gobierno nacional designara a una entidad del orden nacional para que implemente, administre y mantenga actualizado el Registro Nacional de Deudores de Cuotas Alimentarias⁴⁹. Aunque la tendencia se invirtió nuevamente en el segundo debate de la Cámara de Representantes y en la plenarias correspondientes, el texto conciliado ratificó la designación previa del gobierno nacional e incorporó la reglamentación previa del registro⁵⁰.

Por tanto, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando “[...] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria [...]”⁵¹. En este tipo de situaciones, “[...] las autoridades no tienen - ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación”⁵². Así las cosas, es posible afirmar que la Ley 2097 de 2021 reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de las medidas adoptadas respecto a la inclusión en el REDAM.

Para estos efectos, el gobierno nacional expidió el Decreto 1310 del 26 de julio de 2022, “por el cual se adiciona el Título 23 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector de las Tecnologías de la Información y las

⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVIII, No. 506, del 10 de junio de 2019. p. 21.

⁵⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta XXVIII, No. 563, del 18 de junio de 2019. p. 4.

⁵¹ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. Por lo demás, la doctrina también considera que “[...] el ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes no es enteramente discrecional o facultativo, sino que puede ser necesario y debido siempre que la actividad y aplicabilidad de la ley dependan del complemento reglamentario y cuando, con mayor razón, es la propia ley quien expresamente encarga dicho desarrollo normativo” (GÓMEZ PUENTE, Marcos. El silencio y la inactividad administrativa. En: Silencio administrativo: estudio general y procedimiento sectoriales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 52).

⁵² *Ibidem*.



Comunicaciones, Decreto número 1078 de 2015, para reglamentar la Ley 2097 de 2021 que creó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)". El artículo 1 adicionó el artículo 2.2.23.5 al Decreto 1078 de 2015, indicando en el inciso primero que "[...] se designa como Operador de la Información del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o quien haga sus veces". Sin embargo, el reglamento también condicionó la vigencia del registro, pues –conforme al parágrafo del artículo 2.2.23.4 *ibidem*– “La información suministrada por el REDAM será utilizada en forma exclusiva por quienes estén vinculadas a la aplicación de las consecuencias de la inscripción en el REDAM de que trata el artículo 6º de la Ley 2097 de 2021, a partir de la entrada en producción de la solución tecnológica”. Esto también congruente con el artículo 2.2.23.8 *ibidem*, en la medida que “El acceso al Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) se realizará a través del Modelo de Servicios Ciudadanos Digitales de la Política de Gobierno Digital expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin perjuicio del acceso a la información directamente ante las Fuentes de la Información señaladas en el presente decreto, una vez entre en producción la solución tecnológica”.

De lo anterior se deduce que la obligación de consultar el registro para validar la ausencia de la restricción del artículo 6.1 de la Ley 2097 de 2021 no surgió automáticamente con la expedición de la norma, pues la efectividad de las medidas estaba condicionada por la designación del operador, la reglamentación del registro y por implementación de la plataforma tecnológica. Sobre este último punto, la página web <https://redam.gov.co/information-page> brinda información sobre la forma de consultar y descargar el registro correspondiente. Cualquier inquietud adicional sobre el funcionamiento operativo del REDAM podrá plantarse ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues – conforme al numeral 7 del artículo 2.2.23.14 del Decreto 1078 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1310 de 2022– debe “Tramitar oportunamente las peticiones, consultas, quejas o reclamos que formulen los actores e intervinientes en el proceso de reporte de información en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) y que sean de su competencia”.

3. Respuestas

“Tratándose de convenios de cooperación, se debe exigir la inscripción de deudores alimentarios morosos (ley 2097 de 2021)? [...]”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

De acuerdo con la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, los convenios de cooperación –por ejemplo, los previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998– también hacen parte de la actividad contractual del Estado. Como explica la doctrina, “[...] el convenio de la administración constituye formalmente una modalidad de la actividad contractual del Estado, entendida como la que se realiza mediante un acuerdo de voluntades [...]”. Luego, considerando que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos estatales como “[...] todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”, aplican las restricciones previstas en el artículo 8 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la medida que “Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales [...] Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”.

Aunque los convenios de cooperación sean celebrados por entidades exceptuadas, es necesario tener en cuenta que –según el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022– dispone que “[...] aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. Incluso se extienden al régimen de las ESAL de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 092 de 2017. Por tanto, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico para su aplicación, las inhabilidades e incompatibilidades son transversales al sistema de compras y contratación pública.

Así, una de las consecuencias más importantes de la inclusión en el REDAM es la aparición de una inhabilidad para celebrar contratos con el Estado. Al respecto, conforme al artículo 6.1 de la Ley 2097 de 2021, “El deudor alimentario moroso solo podrá contratar con el Estado una vez se ponga a paz y salvo con sus obligaciones alimentarias. Esta inhabilidad también se predica del deudor alimentario moroso que actúe como representante legal de la persona jurídica que aspira a contratar con el Estado”.

De acuerdo con el análisis de la precitada Sentencia C-032 de 2021, para la Corte Constitucional dicha norma es exequible, pues “[...] si se reconoce la validez



constitucional de medidas altamente invasivas de la autonomía individual, como son las que se derivan del uso de la tipificación penal, resultaría un contrasentido cuestionar instrumentos de menor intensidad, como es la imposición de este requisito para [...] contratar con el Estado. Adicionalmente, no puede perderse de vista el hecho de que uno de los motivos que fundamentan la imposición de inhabilidades es la conservación de la transparencia y la moralidad administrativa. El incumplimiento de las obligaciones alimentaria afecta valores constitucionales esenciales y, en modo alguno puede desconocerse a la hora de analizar las calidades de los futuros [...] contratistas del Estado". Lo anterior, agregando que la medida cumple con una finalidad importante e imperiosa, la cual consistente en proteger los derechos fundamentales de personas que se ven afectados en su mínimo vital por el hecho del incumplimiento de las obligaciones alimentarias, quienes usualmente son sujetos de especial protección constitucional. La Corte Constitucional considera que la medida es necesaria, porque opera un incentivo para el pago cumplido de esas obligaciones, supeditando la suscripción del contrato respectivo al pago de esa obligación.

Adicionalmente, la Corte Constitucional también estima que ante la contingencia de que el representante legal sea registrado en el REDAM la persona jurídica puede proceder con su pronta remoción –y con ello permitir el normal desarrollo del objeto social frente a los contratos con el Estado– o exigir a aquel que se ponga de inmediato al día en el pago de sus obligaciones, a fin de que sea excluido de dicho registro. Por ello, agrega que "[...] esta extensión también implica la obligación del juez y/o funcionario que ordena la inscripción que comunique de esta, en los términos del inciso primero del artículo 3º del PLE, no únicamente a la persona natural sino también a la persona jurídica cuando aquella es su representante legal. Esto con el fin de que puedan ejercer las posibilidades de remoción o de exigencia del pago de la obligación, anteriormente mencionadas. De esta manera, en caso de que no ejerza esas opciones, la persona jurídica terminará siendo cobijada por los efectos del reporte, no por el simple hecho de un tercero sino ante su propia inacción y negligencia en acudir a los remedios legales para evitar tales consecuencias jurídicas".

En todo caso, la obligación de consultar el registro para validar la ausencia de la restricción del artículo 6.1 de la Ley 2097 de 2021 no surgió automáticamente con la expedición de la norma, pues la efectividad de las medidas estaba condicionada por la designación del operador, la reglamentación del registro y por implementación de la plataforma tecnológica. Sobre este último punto, la



página web <https://redam.gov.co/information-page> brinda información sobre la forma de consultar y descargar el registro correspondiente. Cualquier inquietud adicional sobre el funcionamiento operativo del REDAM podrá plantarse ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues –conforme al numeral 7 del artículo 2.2.23.14 del Decreto 1078 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1310 de 2022– debe “Tramitar oportunamente las peticiones, consultas, quejas o reclamos que formulen los actores e intervinientes en el proceso de reporte de información en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) y que sean de su competencia”.

Dado que la competencia de interpretación de normas generales de Colombia Compra Eficiente, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales, la solución de estos temas – previo concepto de sus órganos asesores– corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado negocio en específico.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Carolina Armenta Celis
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

