

ANTECEDENTES NORMATIVOS Y APLICACIÓN DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. La Ley 80 de 1993 creó las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, con el propósito de subsanar el vacío legal existente en los estatutos contractuales anteriores –decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983–. Aunque se reconoce que las figuras responden a su finalidad –impedir que una persona inhábil o con una incompatibilidad sea parte del mercado público–, existen una serie de problemáticas teórico prácticas que desafían a los operadores jurídicos, especialmente a los servidores públicos. Para su análisis se tendrá en cuenta: *i)* las consideraciones generales sobre el tema, esto es, la redacción original de la disposición, su modificación con la Ley 2014 de 2019 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y *ii)* el ámbito de aplicación, destacando las etapas en las cuales una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente puede tener efectos jurídicos –es decir, cuando se presente en el procedimiento de selección, en la adjudicación del contrato, en la suscripción del mismo y previo a la liquidación bilateral–.

Introducción

La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 hizo énfasis en las disposiciones relativas a la capacidad para celebrar contratos, pero no se hicieron análisis sobre la necesidad de definir unas inhabilidades o incompatibilidades *sobrevinientes*, tan solo se dispuso que el proyecto de ley regulaba el tema para subsanar el vacío legal de los decretos anteriores³. Ahora, aunque las «inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes» no tienen una definición concreta en la norma, podría acudirse a su sentido literal para identificar su propósito. En el Diccionario de la Lengua Española no se encuentra una definición para la palabra «sobreviniente»; sin embargo, sí la hay para el vocablo «sobrevenir»: «1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 21 de agosto de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

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

³ ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Consultado el 4 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

otra». Así las cosas, pareciera que se trata de prohibiciones para contratar que surgen después de una situación específica. De ahí que, por ejemplo, su propósito sea impedir que una persona a la que le sobrevino un hecho que le impida formar parte del mercado de la contratación pública participe en un procedimiento de selección, suscriba un contrato o, en general, celebre cualquier negocio jurídico con el Estado.

1. Consideraciones generales sobre las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes: antecedentes normativos y constitucionalidad

El Decreto Ley 150 de 1976 –artículos 7, 8, 9 y 10– y el Decreto Ley 222 de 1983 –artículos 8, 9, 10 y 11– establecieron el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En estas disposiciones se señalaron las causales y sus excepciones, sin regular lo relativo a las inhabilidades o incompatibilidades *sobrevinientes*. De esta forma, y en determinadas situaciones, un servidor público, por ejemplo, tenía que evaluar la oferta de una persona que estuviera inmersa en una causal que le prohibiera, en últimas y de resultar adjudicatario, celebrar el contrato. Igualmente podía ocurrir que el socio de una sociedad fuera nombrado empleado público de la entidad con posterioridad a la suscripción del contrato con la persona jurídica, y que este hecho no derivara en efectos jurídicos en relación con la capacidad para continuar ejecutando el contrato, pues si la entidad optaba por exigir la renuncia del contratista sin un título habilitante, bien podría generarse un daño y una consecuente indemnización de perjuicios.

Este tipo de situaciones debieron ser el origen del artículo 9 de la Ley 80 de 1993⁴, del cual aún se conservan integralmente dos de sus tres incisos, donde se señalan los efectos jurídicos cuando sobreviene una inhabilidad o una incompatibilidad en un proponente o interesado, en el contratista y en un miembro de un consorcio o unión temporal. En la Sentencia C-221 de 1996, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma, concretamente, estudió la posible vulneración del artículo 13 de la Constitución Política. El demandante

⁴ El artículo 9 de la Ley 80 de 1993 original establecía que: «Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

»Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

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

consideró que cuando la disposición ordenaba renunciar a la ejecución del contrato, sin contemplar indemnización de perjuicios, y sin distinguir al destinatario que ocasionó la inhabilidad del que no tuvo la intención de que ello ocurriera, vulneraba el derecho a la igualdad.

En relación con este planteamiento, la Corte Constitucional hizo las siguientes consideraciones: *i)* el legislador es competente para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 150, último inciso, de la Carta Política; *ii)* las inhabilidades e incompatibilidades tienen por objeto asegurar que se concreten los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, evitando que quienes se ubican en alguna de las causales del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 contraten con el Estado; *iii)* estas circunstancias no siempre surgen desde el comienzo de los trámites requeridos para celebrar un contrato, por lo que la ley debe establecer una regla para aquellas que surjan de forma sobreviniente; y *iv)* las inhabilidades e incompatibilidades no tienen un sentido sancionatorio, sino que pretenden ser reglas objetivas, que garanticen la transparencia en la contratación administrativa.

A partir de lo anterior, la Corporación sostuvo que las inhabilidades e incompatibilidades *sobrevinientes* no vulneran la Constitución Política, pues lo que evitan es que el contratista –que incurre posteriormente en una causal– continúe vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo siga formando parte del procedimiento de selección. Particularmente, frente a la vulneración del artículo 13 superior, señaló que, por un lado, no se indemniza a quien incurre en estas conductas, porque la actuación de la Administración no es antijurídica, de ahí que no proceda la solicitud del demandante, y por otro lado, tampoco se vulnera este derecho si se tiene en cuenta que lo que pretende la norma es evitar situaciones de desigualdad, sin atender situaciones de orden subjetivo –como es la relativa a la voluntad o a la intención de incurrir en alguna de las causales de inhabilidades o incompatibilidades–⁵.

Aunque la conclusión de la Corte Constitucional es acertada si se pretende evitar situaciones como las posiblemente ocurridas con anterioridad al EGCAP, lo cierto es que, a diferencia de lo planteado por el Alto Tribunal, algunos supuestos de inhabilidades e incompatibilidades sí configuran sanciones, por lo que se cuestiona si en estos casos sería necesario acreditar la culpabilidad de quien debe renunciar a la ejecución del contrato. De esta forma, aunque la decisión reivindica la figura de las inhabilidades e incompatibilidades *sobrevinientes*, se discute la pertinencia de las consideraciones o de la argumentación empleada. Esta discusión jurisprudencial, aunque ocurrió en vigencia de la legislación

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

anterior, conserva su relevancia, en tanto, como se señaló, dos de los tres incisos analizados se conservan en la disposición actual. El segundo inciso solo eliminó los vocablos «licitación» y «concurso», teniendo en cuenta el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que amplió los procedimientos de selección.

Ahora, el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 modificó esta disposición –agregándole dos párrafos⁶–. En la justificación del proyecto de ley se señaló que el propósito de esta ampliación fue ordenar establecer el procedimiento para la cesión de contrato y concretar la improcedencia de la renuncia del mismo cuando se trate de personas que incurrieron en la inhabilidad del artículo 8, numeral 1, literal j), de la Ley 80 de 1993, pues de lo contrario, «no [se] garantiza[ría] la verdadera separación del corrupto y los contratos estatales, porque cuando la entidad decide no aceptar la cesión se enfrenta a un dilema jurídico para aplicar la “renuncia a la ejecución” que debe hacer el contratista»⁷ (Corchetes fuera de texto). En esa medida, la única alternativa posible era la cesión unilateral, previo acto administrativo.

Sin embargo, en la Sentencia C-037 de 2021 se discutió la constitucionalidad de la modificación, especialmente de la facultad entregada al Gobierno Nacional para reglamentar el procedimiento de cesión. Los demandantes expusieron cuatro cargos, de los cuales tres se relacionan con la disposición, pero solo uno fue debatido por la Corporación⁸.

El primer cargo fue contra la expresión «sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil». Allí se sostuvo que este apartado violaba el artículo 58 superior –propiedad privada– y el artículo 83 *ibidem* –principio de buena fe–, en la medida en que extinguía los derechos del contratista respecto de las inversiones o prestaciones que había ejecutado hasta el momento de la cesión, de ahí que se le «despojara» de los pagos causados y adeudados por la entidad contratante. Para sostener lo anterior añadieron que las personas titulares de derechos adquiridos

⁶ Los párrafos que se añadieron fueron los siguientes: «Párrafo 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 80 de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

»Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

»Párrafo 2o. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses».

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 847. [En línea]. Consultado el 3 de agosto de 2021. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2019. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_847.pdf

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

en un contrato estatal deben ser protegidos si se demuestra que obraron de buena fe, por lo que consideraron que no deben soportar las consecuencias de la pérdida de la indemnización con ocasión de una sanción.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que el cargo careció de los requisitos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo, puesto que: los demandantes no profundizaron en el daño emergente o lucro cesante que supuestamente podría derivarse, no justificaron la existencia del derecho a una indemnización, no explicaron cómo la participación en un procedimiento de selección constituía propiedad privada y no argumentaron que la cesión unilateral era un daño injustificado.

Ahora, pese a lo anterior, se considera que la objeción a la disposición tampoco hubiera procedido si se analizara de fondo, toda vez que: *i)* la inhabilidad sobreviniente que ocasiona que la entidad ordene la cesión unilateral sin indemnización al contratista es la del artículo 8, numeral 1, literal j), es decir, aquella que se declara luego de realizar un juicio de culpabilidad –véase la declaratoria de responsabilidad penal y la declaratoria de responsabilidad administrativa–, de manera que no se le impondría a un sujeto sin analizar el elemento subjetivo, y *ii)* el pago por lo ejecutado –que los demandantes consideran un derecho que se perdería– sí debe cancelarse por las entidades estatales a título de contraprestación, no ocurre lo mismo con los perjuicios que se deriven de la cesión unilateral –a título de indemnización–, pues estos no tendrían una causa justa.

El segundo cargo fue contra la expresión «será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato». Los demandantes señalaron que, por un lado, violaba el artículo 209 de la Constitución Política –principios de la función administrativa–, en tanto se permitía que la entidad eligiera «a dedo» al contratista, es decir, de forma arbitraria, y por otro, vulneraba el artículo 38 superior –libertad de asociación–, toda vez que al delegar la escogencia del tercero cesionario a la entidad contratante, se desconocía la voluntad del consorcio o unión temporal en su intención de asociarse o no con ese tercero.

La Corte Constitucional consideró que en la demanda se partió de la base de que la cesión unilateral obviaba el principio de selección objetiva que rige la contratación administrativa, aun cuando esta conclusión no se desprende del texto demandando, y «no es más que un punto de vista subjetivo del actor [...] que le impide a la Corte pronunciarse sobre un cargo que carece del requisito de pertinencia»⁹.

El tercer cargo se dirigió al artículo 6, parágrafo 2, de la Ley 2014 de 2019, al considerarse que cuando se le confirió al Gobierno Nacional la potestad de

⁹ Ibidem.

reglamentar el procedimiento de la cesión del contrato por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente se violó el artículo 150, último inciso, de la Carta Política –competencia del legislador para expedir el estatuto contractual–.

Particularmente, el Alto Tribunal sí realizó consideraciones de fondo sobre este cargo, al mencionar, por un lado, la «reserva de ley», como una institución jurídica de origen constitucional, que protege el principio democrático y la división de poderes, y por otro, la potestad reglamentaria –artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política–, como una herramienta para lograr la efectividad del ordenamiento jurídico. A partir de lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corporación y del Consejo de Estado, concluyó que la posibilidad de crear un procedimiento administrativo gozaba de reserva de ley, por lo que el parágrafo 2 resultaba inexecutable.

Ahora bien, se discute cuál es la repercusión jurídica de esta declaratoria, es decir, qué sucede con la cesión sin el procedimiento que debía expedir el Gobierno Nacional. Esta dificultad, antes de expedirse la Sentencia C-037 de 2021, fue advertida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. En el Concepto C-551 del 24 de septiembre de 2020 se discutió si, en ausencia de procedimiento, la cesión unilateral adicionada por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 aplicaba directamente o si, por el contrario, su efectividad está condicionada a la expedición del reglamento correspondiente.

Allí se plantearon las dos interpretaciones posibles: *i)* la tesis de aplicación directa, según la cual, en ausencia del procedimiento, se debe acudir a las normas del procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2¹⁰ *ibidem* y en el artículo 77¹¹ de la Ley 80 de 1993 y *ii)* la tesis de la reglamentación, con la que se afirmaría que la

¹⁰ «Artículo 2. Ámbito de aplicación. ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. [...]

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.

¹¹ «Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. [...]».

expedición del decreto reglamentario era una condición necesaria para la cesión unilateral del contrato¹².

En su momento, Colombia Compra Eficiente sostuvo que cuando la ley ordenaba que el Gobierno Nacional reglamentara la materia, se requería necesariamente de un reglamento para el cumplimiento efectivo de la norma, de manera que el ejercicio de la potestad reglamentaria, aunque en principio es discrecional, se transformaba en obligatorio. En esa medida, se consideró que no eran aplicables las disposiciones legales subsidiarias de la Ley 1437 de 2011. No obstante, se recuerda que el Concepto C-551 de 2020 se emitió con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-037 de 2021, por lo que se cuestiona si la inconstitucionalidad del parágrafo 2, donde se eliminó la facultad del Gobierno Nacional de expedir el reglamento, también varió este entendimiento.

En esta oportunidad se considera que, efectivamente, la declaratoria de inconstitucionalidad del parágrafo 2 permite su aplicación sin necesidad de la expedición de un reglamento. Pero, ¿podría sostenerse que, aunque la aplicación de la norma no se condiciona al reglamento, se supedita a la expedición de una nueva ley que defina el procedimiento? De otro modo, si el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019– no reguló el procedimiento de cesión, ¿podría concluirse que la disposición no puede ser aplicable hasta que el legislador se pronuncie, como ocurría con la necesidad del reglamento? Se considera que, por las circunstancias actuales, la conclusión varía, de ahí que no se piense que la norma está condicionada a la expedición de otro cuerpo normativo, pues ya existen normas subsidiarias en el ordenamiento jurídico –de carácter legal– que complementan estos «vacíos».

Así las cosas, se considera que la tesis aplicable, ya no sería la que requiere la existencia de un reglamento para la aplicación de la norma, sino la tesis subsidiaria. Ahora, esto deriva en una serie de discusiones adicionales, que fueron propuestas por Colombia Compra Eficiente como «obstáculos» para, en su momento, optar por esta opción y evidenciar la necesidad del reglamento: *i)* ¿qué procedimiento de la Ley 1437 de 2011 se aplica para el trámite de cesión?, ¿el procedimiento administrativo sancionador –artículos 47 y siguientes *ibidem*–, o el procedimiento administrativo no sancionador –artículo 34 y siguientes *ibidem*–?, *ii)* ¿en el procedimiento elegido se debe vincular solo al contratista cedente o también debe adelantarse con el cesionario, como tercero interesado? y *iii)* ¿cómo se elegirá al cesionario?, ¿podrá seleccionar a quien ocupe el segundo lugar del

¹² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto 551 del 24 de septiembre de 2020. [En línea]. Consultado el 10 de agosto de 2021. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-551%20de%202020>

procedimiento de selección o debe adelantar un procedimiento de selección especial?, ¿o podrá hacerlo directamente?¹³.

En cuanto al primer problema –procedimiento aplicable–, el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 no definió la naturaleza jurídica de la actuación, por lo que el operador jurídico no tiene claridad en el tipo de trámite. Para clarificar este interrogante se tiene en cuenta que aunque el parágrafo 2 señalaba que el Gobierno Nacional debía reglamentar la cesión, y que el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 define dos tipos de cesión –la cesión previa autorización de la entidad y la cesión unilateral, impuesta en acto administrativo–, en el primer caso no es necesario que exista un procedimiento distinto a la petición del contratista y a la consecuente respuesta de la entidad; pero en el segundo caso –la cesión unilateral–, aunque se reconoce la necesidad de que el legislador determine el procedimiento, pareciera que el procedimiento que garantizaría su derecho de defensa es el procedimiento administrativo general, y sería el instrumento supletivo a falta de regulación en la materia.

En cuanto al segundo problema –la participación del cesionario como tercero interesado–, nada obsta para que, de tenerse claridad de quién ocuparía este puesto con anterioridad al inicio del procedimiento, se le convoque.

Finalmente, frente al tercer problema –elección del cesionario–, se destaca que la Corte Constitucional precisó que «la determinación del cesionario en la cesión de que trata el artículo 9º de la Ley 80 debe, como todo proceso de selección del contratista de la Administración Pública, ajustarse al principio de selección objetiva; principio este que, como ya lo ha señalado la jurisprudencia, tiene reserva de ley»¹⁴. En esa medida, se descartaría la posibilidad de que la entidad defina un procedimiento *ad hoc* para elegir el cesionario. Aquí se cuestiona la forma en que la entidad realizaría el procedimiento administrativo general sin emplear una modalidad de selección.

Ahora, se considera que si aún es posible contratar con el segundo en el procedimiento de selección, resultaría una elección conveniente, teniendo en cuenta los principios de la función administrativa –eficacia, celeridad, economía, entre otros–, pero, de no ser posible, no resulta admisible que se permita la contratación directa de otra persona, sin que se surtiera un procedimiento de selección abierto, puesto que, por un lado, las causales para esta modalidad son taxativas y, por otro lado, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, cuando permitió la cesión unilateral, no habilitó a la entidad para ello.

¹³ Ibid.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

2. Ámbito de aplicación: etapas en las que una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente puede tener efectos jurídicos

Entre los cuestionamientos que se le hacen al artículo 9 de la Ley 80 de 1993 – modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019– está el orden de la disposición, toda vez que aunque lo lógico sería regular lo relativo al proponente y luego al contratista, el primer inciso dispone la consecuencia de una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente directamente en el contratista, el segundo inciso define lo que sucedería con un proponente, el tercero establece las repercusiones de estos hechos en los consorcios y las uniones temporales y el parágrafo retoma, nuevamente, lo que ocurriría cuando un contratista incurra en una causal de inhabilidad sobreviniente específica.

Como se observará más adelante, este «desorden» en la disposición propicia una dificultad en el entendimiento del inciso tercero. A continuación, se estudian en detalle cada uno, exponiendo sus problemáticas y las dificultades del operador jurídico. El primer inciso, relativo a la etapa contractual, dispone que:

«Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución».

En ese contexto, cuando al contratista le sobrevenga alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 –o en disposiciones que ingresen mediante el numeral 1, literal a), *ibidem*–, deberá solicitarle a la entidad la cesión del contrato o, de no ser posible, renunciar a su ejecución. Con base en lo anterior se tiene que: *i)* la valoración de la cesión del contrato no es sobre la procedencia o no de la figura, sino sobre la pertinencia de la misma, de ahí que se trate de una potestad discrecional de la entidad, quien está facultada para aceptar o negar la solicitud de cesión, a partir de razones jurídicas, técnicas o de conveniencia en general.

ii) La segunda posibilidad es la renuncia a la ejecución del contrato, cuando «no es posible» la cesión. Allí se discute el alcance de esta «imposibilidad», es decir, si se refiere a una imposibilidad física o a una decisión de la entidad. Por ejemplo: ¿se admite la imposibilidad porque la entidad no aceptó el cesionario presentado por el contratista?, ¿o solo es posible cuando materialmente no sea factible ceder el contrato? –véase cuando el contratista era el único que ofrecía el bien o prestaba el servicio–. Si se tiene en cuenta que no se calificó esta «imposibilidad», bien podría aceptarse tanto el rechazo de la solicitud de cesión, como la inexistencia de una persona que ejecute el objeto contractual.

iii) Con respecto a la «renuncia» también se discute si se requiere alguna formalidad especial. Ya se señaló que la cesión necesita de una petición del

contratista y de una respuesta escrita de la entidad, ¿ocurrirá lo mismo con la renuncia?, es decir, ¿se necesitará de un pronunciamiento del contratista? A diferencia del siguiente inciso, la renuncia no es por ministerio de la ley, pues cuando se dispone que el contratista «renunciará a su ejecución», parece que se requiere de una manifestación del proponente, esto es: él es quien ejecuta el verbo prescrito en la norma. Esto resulta inconveniente, si se tiene en cuenta que se trata de un acto meramente potestativo, de manera que la renuncia depende de la voluntad del mismo sujeto, por lo que se discute si surge una verdadera obligación, más aún cuando resulta complejo compelerlo a su cumplimiento.

iv) ¿Qué pasa, entonces, si el contratista se niega a renunciar? Piénsese que, rechazada la solicitud de cesión, el contratista no presenta un nuevo cesionario, sino que continúa ejecutando el contrato sin capacidad jurídica. En este supuesto, la entidad estatal observaría insuficiente la regulación del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, pues no se le definieron estrategias ante la reticencia del contratista, pero, además, las facultades conminatorias que están en el ordenamiento jurídico parecieran no ser suficientes. Por ejemplo: el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 regula la caducidad como la estipulación que surge cuando se presenta un incumplimiento grave. Aunque se requiere un sobreesfuerzo interpretativo, podría señalarse que este supuesto da lugar a la declaratoria de la caducidad si se tiene en cuenta que renunciar es una obligación del contrato –un elemento de su naturaleza–, por lo que la negativa del contratista supone un incumplimiento grave. Por otro lado, si se tiene en cuenta el artículo 17, numeral 1, *ibidem*, que dispone que procede la terminación unilateral «cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga», la entidad podría afirmar que, a partir de la noción de «servicio público» del EGCAP¹⁵, se considera que la negativa a renunciar impide la consecuente ejecución del contrato, por lo que se entorpecería la satisfacción de las necesidades colectivas.

v) Aunque estas posibilidades no son suficientes, pero parecieran ser las únicas alternativas con que cuentan las entidades, se cuestiona qué sucedería con las entidades exceptuadas del EGCAP que no cuentan con estas potestades –caducidad y terminación unilateral–. En principio, pareciera que lo recomendable sería que sus manuales de contratación contemplaran esta situación y, en

¹⁵ «Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: [...]

» 3o. Se denominan servicios públicos:

»Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines».

consecuencia, establecieran una facultad en favor de la entidad. Sin embargo, si se observa que la entidad podría demandar al contratista –e incluso solicitar como medida cautelar innominada la suspensión de los efectos del contrato–, podría sostenerse que la propuesta inicial derogaría la jurisdicción, por lo que resultaría inoperante. De esta forma, la única alternativa sería acudir ante el juez de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, el segundo inciso, relativo a la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente en un procedimiento de selección, establece que:

«Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo».

En contraste con el enunciado anterior, cuando sobrevenga una afectación a la capacidad jurídica en un proponente, se entenderá, *ope legis*, que renunció a la participación en el proceso de selección, de manera que no se necesita que el implicado se pronuncie, basta con que se conozca que incurrió en alguna causal. Aquí surge un problema transversal a la mayoría de supuestos que generan inhabilidad o incompatibilidad, y es lo relativo a la publicidad de esta incapacidad. Luis Guillermo Dávila Vinueza sostiene que: «Por regla general, será el proponente el obligado a informar a la entidad la situación presentada para que esta actúe en consecuencia, aunque en determinados eventos es posible que la entidad también se entere»¹⁶.

Sin embargo, parece poco creíble que las personas den a conocer situaciones que los perjudiquen, incluso dicha actuación está permitida en el artículo 33 de la Constitución Política, cuando se establece que: «Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil». En consecuencia, esto refuerza la necesidad de que el legislador –o incluso el Gobierno Nacional– cree un registro unificado de inhabilidades e incompatibilidades, puesto que, en últimas, el sujeto más perjudicado es el servidor público, a quien siempre se le exige conocer de la existencia de estas causales, aun cuando en ciertos casos resulte inviable.

Continuando con el análisis de lo establecido en el segundo inciso, para Dávila Vinueza, no se configura un «rechazo de la oferta», sino su renuncia, puesto que para que aquel proceda se requiere que la propuesta se considere legalmente presentada y en proceso de participación¹⁷. En efecto, la disposición

¹⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 159.

¹⁷ Ibid.

no estableció que la entidad debía «rechazar» la propuesta presentada, sino que se entendía que el oferente renunciaba a la participación, y si bien independientemente de cuál se entienda, el proponente no puede participar más, existen un par de efectos prácticos que las diferencian: por un lado, el rechazo proviene de una declaración de la entidad pública, es decir, requiere de una manifestación formal de su parte, pero la renuncia del segundo inciso no requiere un acto, sino que, como se señaló, se configura por ministerio de la ley; por otro lado, como lo plantea el autor, el número de ofertas presentadas influyen, en ciertos casos, en la aplicación de fórmulas aritméticas para valorar el precio y la experiencia de las ofertas –esto ocurre, por ejemplo, en los contratos de obra y consultoría–, de manera que este cálculo podría variar cuando se presenta una oferta y se rechaza, a cuando se presenta una oferta pero se renuncia a ella.

Por otra parte, el tercer inciso del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 dispone que:

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

Este apartado de la disposición resulta cuestionable en lo siguiente: aunque es claro que se está refiriendo a las consecuencias que se derivan cuando le sobreviene una inhabilidad o una incompatibilidad a un miembro de un consorcio o de una unión temporal, no se especificó la etapa en la que esto ocurre –es decir, si en el procedimiento de selección o en la ejecución del contrato–. De esta forma, bien podría entenderse que el deber de ceder la participación a un tercero, previa autorización de la contratante, puede ser para el miembro de la figura asociativa como proponente, como para el miembro de la figura asociativa como contratista. Esta dificultad se potencia cuando se observa el «orden» de la disposición: regulando primero lo relativo al contratista y luego al proponente.

Ahora, si se tiene en cuenta que el artículo 887 del Código de Comercio se refiere a la cesión de un *contrato*, y que el artículo 1959 del Código Civil alude a la cesión de un *crédito*, pareciera que la figura hace referencia a la cesión de la posición contractual o de la posición en una obligación, pero no a la cesión de la participación en el procedimiento de selección –de la cual no se derivan derechos económicos o exigencias distintas a que la oferta sea evaluada con base en las condiciones del pliego de condiciones–. En esa medida, el inciso tercero se refiere a la cesión que tendría que realizar el miembro de la figura asociativa como contratista.

Un aspecto que refuerza esta posición lo expone Dávila Vinueza, quien considera que, si a un miembro de un consorcio o unión temporal le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad durante el procedimiento de selección, se le aplicará lo previsto en el segundo inciso, y no en el tercero, pues no se podría que, presentada la oferta, esta se modifique.

«Sería lo que acontecería si se admitiera la cesión de la participación del integrante afectado a un tercero pues al retirarse uno y entrar otro, respecto del nuevo habría que exigir el cumplimiento de requisitos habilitantes y de factores de evaluación para lo cual tendría que adjuntar nueva documentación con lo cual, dado el conocimiento y publicidad que después de la presentación de ofertas ocurre, se correría inmenso riesgo de modificar la oferta mediante la mejoría de condiciones»¹⁸.

Por último, se encuentra el párrafo de la disposición que señala que cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato, sino que la entidad ordenará la cesión unilateral. Este apartado, como se analizó, fue discutido en sede constitucional, y aunque genera varios debates previamente narrados en cuanto a la elección del cesionario, se destaca que, si bien le permite a la entidad tener certeza en su actuar –pues bien podrá ordenar la cesión del negocio jurídico sin la aquiescencia del contratista– no contempló la posibilidad de que, por distintas razones, sea imposible la cesión, y la entidad no encuentre alternativas en la ley. En esa medida, se considera que el legislador también debió haber habilitado a la entidad para terminar unilateralmente el contrato, y no simplemente encasillarla en el deber de encontrar un cesionario.

Finalmente, aunque no se trata de un inciso adicional, se plantea la posibilidad de que sobrevenga una inhabilidad o una incompatibilidad en la etapa poscontractual, para cuestionar hasta cuándo se puede configurar una prohibición de este tipo. Piénsese que un contratista termina de ejecutar el contrato, y antes de suscribir el acuerdo de liquidación bilateral, le sobreviene alguno de los supuestos del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, las inhabilidades e incompatibilidades existen para prohibir la participación y la celebración de contratos. Estando en etapa de ejecución, el adjudicatario no pierde la calidad de contratista, incluso continúa siéndolo cuando suscribe el acta de liquidación. Sin embargo, ¿qué podría cederse si ya se cumplieron todas las obligaciones? En esa medida, parece viable sostener que solo se contempla la cesión para contratos en ejecución.

¹⁸ Op. Cit. p. 160.

Recuérdese que el hecho de que se extinga el plazo no significa que también se termine el contrato, puesto que puede haber obligaciones pendientes, las cuales, si no se extinguió el contrato, podrían cumplirse, aunque extemporáneamente, entonces podría, eventualmente, haber cesión. No obstante, lo cierto es que vencido el plazo de ejecución no se observa razonable que alguien acepte ser cesionario, porque le implicaría asumir, iniciando, un procedimiento administrativo sancionatorio. En esos términos, se considera que el ordenamiento jurídico no ofrece claridad en este supuesto, pero que lo más racional sería asumir que necesita de la existencia de un contrato con obligaciones pendientes.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2ª Edición. Bogotá: Legis, 2003. 921 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Cibergrafía

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Consultado el 4 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto 551 del 24 de septiembre de 2020. [En línea]. Consultado el 10 de agosto de 2021. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-551%20de%202020>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 847. [En línea]. Consultado el 3 de agosto de 2021. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2019. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_847.pdf