

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES ¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Con el propósito de continuar con el estudio detallado del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en esta ocasión se analizará una nueva posibilidad, exactamente qué sucede cuando estas se generan con posterioridad a que ya se está participando en el procedimiento de selección o se es contratista, es decir, las inhabilidades sobrevinientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993. Para esto se Identificarán algunos aspectos generales, su noción y alcance, segundo, su examen de constitucionalidad y, tercero, las etapas en que se presenta y cómo se desarrolla.

Introducción

Hasta el momento, lo estudiado del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades parte de la definición e identificación como prohibiciones, restricciones o exclusiones destinadas a personas jurídicas o naturales, tanto particulares como servidores públicos, para celebrar contratos estatales o participar en procedimiento de selección. En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y varias disposiciones dispersas en el ordenamiento jurídico, ampliamente estudiadas en textos precedentes, establecen restricciones para que los sujetos destinatarios se vinculen contractualmente con el Estado.

Según esto, es claro que quien esté incurso en cualquiera de los hechos que generan la inhabilidad o incompatibilidad tiene prohibido contraer una relación contractual con el Estado. No obstante, lo establecido en esas normas no contiene ninguna determinación acerca de qué sucede cuando el hecho que produce la limitación ocurre con posterioridad a que ya se configuró un vínculo con el Estado, sea como participante en un procedimiento de selección o contratista. El cuestionamiento cobra importancia si se tiene en cuenta que con ambas calidades –participante o contratista– los sujetos adquieren derechos que no pueden cesar más que por expresa disposición legal.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 14 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 Cristian A. Díaz Diez 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 G. Marín.

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

Con anterioridad a la Ley 80 la pregunta no tenía solución, es decir, cuando ocurriera una situación como la descrita –que la prohibición se configurara siendo participante o contratista– no existía una disposición clara que determinara una consecuencia jurídica, por el contrario, tanto la entidad como el contratista quedaban en completa incertidumbre, pues no parecía correcto que el objeto lo ejecutara un sujeto inhabilitado, pero esto no implicaba que se tuviera que terminar el contrato. Palacio Hincapié explica y resalta esta complicación, al describir que si se presentaba el hecho no había una norma que regulara las consecuencias de su existencia y no se afectaba la validez del contrato, además que no era posible terminar el vínculo³. El autor señala que, en la práctica, ocasionalmente el contratista solicitaba voluntariamente que se le permitiera ceder el contrato, pero destaca que era la excepción⁴.

El vacío normativo referido fue subsanado con la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, específicamente en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993. En él se reguló lo que ocurre cuando «sobreviene» la inhabilidad o incompatibilidad, sea en la etapa de selección o de ejecución. La doctrina coincide en resaltar la innovación que supuso la disposición, y la falta de antecedentes normativos equiparables, tanto en el anterior estatuto –Decreto-ley 222 de 1983– como en los anteriores.

Este se constituye como una parte esencial del régimen, por lo que el texto se enfoca en estudiarla, empezando por su noción, constitucionalidad y efectos en cada una de las etapas que se puede generar.

1. Inhabilidad sobreviniente: noción, alcance y finalidad

El artículo 9 de la Ley 80 de 1993 establece que si llegare a *sobrevenir* inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si esto no fuera posible, renunciará a su ejecución. Continúa señalando que cuando *sobrevena* en un proponente dentro de procedimiento de selección, entonces se entenderá que renuncia a la participación y a los derechos que de él surgen. Además, que si ocurre en uno de los integrantes de un consorcio o unión temporal, cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad, pero que, en todo caso, no podrá cederse el contrato entre quienes lo integran. En su literalidad, la norma establece:

«Artículo 9. 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.

³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8 ed. Medellín: Librería Sánchez Jurídica S.A.S., 2020. p. 140.

⁴ Ibid.

»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.

»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».

Como se explicó, la norma determina la consecuencia jurídica clara de las inhabilidades e incompatibilidades *sobrevinientes*. Según el Diccionario de la Lengua Española, «sobrevenir» significa: «1. Intr. Dicho de una cosa, Acaecer o suceder además o después de otra». En este caso, implicaría que el hecho generador de la causal se configura con posterioridad a ser proponente o contratista. El momento en el que ocurre la situación que forma la restricción es fundamental, pues de él depende que se esté en el ámbito específico de lo *sobreviniente*. El Consejo de Estado define al concepto desde el significado natural y obvio del verbo, explicando que tiene que suceder después de iniciado el procedimiento, expedido el acto de adjudicación o de perfeccionamiento del contrato, según sea el caso⁵-

En consecuencia, es un requisito fundamental que el sujeto sea contratista o proponente, pues en caso contrario el resultado no sería el mismo. El primer supuesto –ser contratista– no admite duda, pues el artículo 9 *ibidem* refiere explícitamente a esta condición, y por lo menos en los contratos de Ley 80 no es cuestionable el momento en que se adquiere: cuando se acuerde el objeto y la contraprestación y se realice por escrito⁶. Esta formalidad únicamente se exceptúa en dos casos puntuales, cuando existe urgencia manifiesta y en la mínima cuantía, donde la oferta y la comunicación de aceptación conforman el contrato⁷. Solo después del momento en que se formalice el negocio se adquiere la calidad de «contratista» y, por tanto, es en ese caso que de presentarse una inhabilidad o

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Exp. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

⁶ La claridad que se advierte proviene de la definición exacta que realiza el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, donde el perfeccionamiento del contrato se supedita a dos requisitos: *i)* que se acuerde el objeto y la contraprestación y *ii)* que se haga mediante un documento escrito. De ahí que en ausencia de cualquiera de los dos el negocio jurídico no existe y, por lo tanto, no se adquirió la calidad de contratante o *contratista*. Escobar Gil explica la norma, y señala que si bien el acto de adjudicación constituye por sí mismo un acuerdo de voluntades, es incuestionable que el contrato solo existe como tal cuando se cumple el requisito de la forma documental (ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. 1 ed. Colombia: Legis Editores S.A., 1999. p. 221).

⁷ De acuerdo con el artículo 2, numeral 5, literal d), de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, la comunicación de la aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos del contrato celebrado.

incompatibilidad se calificará como «sobreviniente», pero si ocurre antes se estaría en la situación típica donde la consecuencia será que no se pueda celebrar.

En el segundo supuesto –ser proponente–, si bien es claro cuando se adquiere la calidad, y que es necesaria para que se configure el supuesto del artículo 9 *ibidem*, es necesario hacer algunas precisiones. La primera, tal vez obvia, implica recordar que para serlo se requiere presentar la oferta, es decir, que no basta con la simple participación en un procedimiento de selección, de ahí que sea importante distinguir la naturaleza de la intervención de un sujeto en un procedimiento de selección, pues cualquiera no se constituye como tal⁸. Así las cosas, si una persona simplemente presenta una observación al prepliego o realiza una solicitud relacionada con el procedimiento, y en su trámite incurre en una inhabilidad o incompatibilidad no se configura como *sobreviniente*, pues no es *proponente* –en este caso habría que identificar si incurrió en la prohibición del artículo 8, literal b, de la Ley 80–. Sin embargo, una vez presentada la oferta cualquier causal en que incurra –el proponente– tendrá la naturaleza de *sobreviniente*, y la consecuencia solo podrá ser la descrita en el artículo 9.

Por lo anterior, si cuando la entidad hace la verificación del cumplimiento de los requisitos habilitantes, específicamente de la capacidad jurídica, y el proponente está incurso en una de las prohibiciones tendrá que identificar si se materializó en el período entre la presentación y la verificación, o con anterioridad a la presentación, pues de eso depende la consecuencia jurídica y la naturaleza de la restricción, es decir, si es *sobreviniente* o no⁹.

Por otro lado, la Ley 2014 de 2019, artículo 6, introdujo dos párrafos –el segundo declarado inexecutable– a la disposición original del artículo 9, donde se prescribe que cuando la inhabilidad sobreviniente sea la de la Ley 80, artículo 8, numeral 1, literal j), o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procede la renuncia del contrato, sino que la entidad ordenará, mediante acto administrativo motivado, la cesión unilateral, sin

⁸ Se destaca que la «oferta» o «propuesta» es un acto especial, que en palabras de Dávila Vinueza se constituye como la respuesta a la convocatoria pública realizada por la entidad, tratándose, de acuerdo con el artículo 845 del Código de Comercio, de un proyecto de negocio jurídico que el particular formula. El autor agrega que su elaboración tiene como principio rector que constituye el pleno acatamiento del pliego de condiciones, actuando con diligencia y responsabilidad, y que una vez presentada es irrevocable, inmodificable y obligatoria (DÁVILA VINUEZA, Op. cit., p. 433).

⁹ Se reitera que si la oferta se presentó estando incurso en la causal, la consecuencia jurídica es diametralmente diferentes, puesto que procede el rechazo de la propuesta y, además, se configura el supuesto del artículo 8, literal b), de la Ley 80, quedando adicionalmente inhabilitado por cinco años.

lugar a indemnizar al contratista. Además, la entidad será la encargada de determinar el cesionario del contrato¹⁰.

2. Examen de constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 80 de 1993

La constitucionalidad del artículo 9 *ibidem* fue objeto de dos exámenes de constitucionalidad. En la primera ocasión se revisó su texto original, y en la segunda, la modificación realizada por la Ley 2014 de 2019. En la primera demanda –estudiada en la Sentencia C-221 de 1996– el demandante consideró que la norma vulneraba el artículo 13 de la Constitución. Señaló que la renuncia de que trata la norma no dispone una indemnización de perjuicios a favor del *contratista renunciante* y que en el caso de la cesión no se establece la posibilidad de indemnizar al destinatario de la norma, en caso de sufrir un daño debido a que esta se realice por debajo del precio debido¹¹. Resaltó que esa situación solo podría ser admisible con el propósito de proteger el principio de la moralidad administrativa, si distinguiera dos eventos: cuando es imputable al destinatario y cuando no lo es¹².

El demandante consideró que, por lo explicado, imponerle como consecuencia esa carga jurídica a quien no le es imputable el acaecimiento de la prohibición es contrario al derecho a la igualdad –artículo 13 de la Constitución–. Concluyó explicando que el contratista, proponente o miembro de consorcio o unión temporal al que le sobreviene una inhabilidad que no le es imputable soporta una carga desproporcionada respecto de los demás¹³.

La Corte Constitucional empezó el análisis identificando que el propósito del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es asegurar que en materia contractual se cumplan los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad establecidos en la Constitución, y que son propios de la función pública. Igualmente, destacó que se trata de evitar que contraten con el Estado quienes están incurso en cualquiera de las situaciones prescritas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Explicó que como estas no siempre surgen desde el inicio de los

¹⁰ El artículo 6 de la Ley 2014 establece que: «Parágrafo 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8o 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».

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

trámites anteriores a la contratación, entonces la ley tuvo que establecer reglas que rigen si aparecen de forma sobreviniente¹⁴.

Consideró que lo establecido por la disposición, que al sobrevenir la inhabilidad o incompatibilidad el contratista tenga que ceder o renunciar el contrato –si ello no fuera posible–, no transgrede la Constitución. Agregó que tampoco lo hace el hecho de que quien esté participando en un procedimiento de selección tenga que renunciar a él, tampoco porque si lo hace en un integrante de consorcio o unión temporal, este tenga que ceder el contrato a un tercero que no pertenezca a la figura asociativa. Especificó que, en esos casos, la intención es evitar que el contratista, sin importar su situación, siga vinculado contractualmente con el Estado, o quien aspira hacerlo siga siendo parte del procedimiento, y que esto es independiente a si incurrió en la causal por su voluntad o por un motivo extraño a su intención, porque la ley parte del supuesto, acorde a la Constitución, de que en esas condiciones ya no será posible la contratación, por lo que debe interrumpirse si ya se empezó o impedir que se perfeccione¹⁵.

La Corporación continúa explicando que las consecuencias jurídicas descritas en la disposición demandada no corresponden a sanciones o castigos impuestos a una persona por una conducta, por lo cual no es necesario establecer su culpabilidad. Insistió en que la disposición carece de sentido sancionatorio, que en realidad contiene reglas objetivas, relativas a situaciones de la misma naturaleza, con la intención de proteger la transparencia de la contratación estatal¹⁶. Señaló que la naturaleza de los efectos que la norma determina para las distintas situaciones: «[...] impide cualquier relación entre aquéllos y la apreciación de situaciones individuales de orden subjetivo, ya que –se repite– lo que se busca es impedir la contratación o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en los principios de la Carta Política que inspiran la gestión administrativa»¹⁷.

Finalizó explicado que no es el caso de indemnizar a quien tenga que renunciar al contrato o retirarse del procedimiento de selección, pues los daños que sufra no son consecuencia de decisiones o actuaciones antijurídicas de la Administración, sino un hecho sobreviniente –la aparición de una inhabilidad o incompatibilidad–. Por eso no se configuran los supuestos del artículo 90 de la Constitución. En consecuencia declaró exequible el artículo 9 de la Ley 80 –en su redacción original–.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

Por otro lado, en la segunda demanda –relativa a los párrafos que incluye la Ley 2014, artículo 6– se expusieron varios cargos, los cuales fueron estudiados en la Sentencia C-037 de 2021. Los demandantes expusieron que antes de esa disposición lo que procedía al sobrevenir la inhabilidad o incompatibilidad era la cesión del contrato –escogiendo el contratista al posible cesionario–, sin que se negaran sus derechos respecto a las inversiones o prestaciones ejecutadas hasta la cesión, posibilidad que se eliminó con el párrafo 1, y que por eso se viola el derecho a la propiedad privada –artículo 58– y el principio de buena fe –artículo 83–¹⁸. Respecto a que el cesionario lo elegirá la entidad, los demandantes expresaron que la disposición faculta a la entidad para elegir arbitrariamente, sin necesidad de definir algún parámetro, lo que contraría la transparencia, moralidad y selección objetiva, además del derecho a la libre asociación –artículo 38 de la Constitución–.

En cuanto al párrafo 2, que establecía 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», los demandantes expresaron que viola el artículo 150 de la Constitución, que le confiere la potestad a legislativo de desarrollar la Constitución y dictar leyes, lo que se contrapone a otorgarle al Gobierno Nacional la potestad de reglamentar el procedimiento de cesión¹⁹.

La Corte consideró, respecto al primer cargo, que carecía de los requisitos necesarios para que la Corte se pronuncie de fondo. Al examinar el segundo, la Corporación explicó que el demandante parte de que la selección del cesionario obviaría el principio de selección objetiva, y que esto responde a una perspectiva subjetiva que no se desprende de la disposición, por lo que tampoco se pronunciará, ya que el cargo carece del requisito de pertinencia. En cuanto al tercero, determinó que una delegación al Gobierno Nacional para regular un procedimiento administrativo, como es el del párrafo 2, solo puede ocurrir cuando tiene competencias extraordinarias –artículo 150, numeral 10, de la Constitución–. Por lo anterior, se inhibió para pronunciarse respecto de los dos primeros cargos y declaró inexecutable el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley 2014.

3. Situaciones en las que se configuran las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes

Las inhabilidades o incompatibilidades *sobrevinientes* pueden presentarse en diferentes momentos o etapas de la contratación estatal: *i)* durante el procedimiento de selección –luego de presentada la oferta–; *ii)* cuando ya se

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021- M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁹ Ibid.

adjudicó el contrato, pero antes de suscribirse; *iii*) durante la ejecución y *iv*) luego de terminado el contrato, en la etapa de liquidación. Dependiendo si la prohibición acaece en alguna de estas etapas, e incluso del sujeto al que se le configure, los efectos previstos en la disposición son diferentes, como se expondrá a continuación.

i) El procedimiento de selección: como se explicó, existen diferentes formas de actuar en un procedimiento de selección. No obstante, el segundo inciso del artículo 9 de la Ley 80 utiliza uno en específico, al establecer que cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga a un proponente durante la selección, se entenderá que renuncia a la participación en el procedimiento y a los derechos surgidos del mismo. Así, la posibilidad de que sobrevenga la prohibición se supedita a que se entregue la propuesta con anterioridad a su acaecimiento. Cuando esto suceda la consecuencia no será la misma que si se hubiera presentado estando incurso en la restricción –el rechazo y la inhabilidad del artículo 8, numeral 1, literal b), *ibidem*–, por el contrario, la norma dispone que se entienda la renuncia al procedimiento y a sus derechos.

Con la redacción de la disposición el legislador evitó diferentes problemas prácticos e interpretativos, pues determinó que no es necesario esperar a que voluntariamente el proponente renuncie a participar, sino que, por el contrario, evitó la indecisión que puede significar y optó por imponer un mandato que funciona de pleno derecho, sin necesidad de actuaciones extras y sin ningún tipo de desgaste administrativo. Así, cuando sobrevenga, la Administración simplemente descartará la propuesta, sin que eso implique propiamente un rechazo, pues ni siquiera se evaluaría. También se presupone que renuncia a cualquier derecho que tenga, los cuales se limitan únicamente a que su oferta sea evaluada conforme al pliego de condiciones, a la ley y a los principios de la función administrativa, excluyéndose, como explica Dávila Vinueza, cualquier tipo de derecho patrimonial²⁰.

Un aspecto determinante es lo concerniente al derecho al debido proceso que tiene el proponente afectado, pues es necesario que se le garantice; sin embargo, la aplicación de plano de la consecuencia jurídica no parece velar por él. Lo primero que se sostendrá es que este no puede garantizarse mediante un pronunciamiento de rechazo, es decir, tratarla como una oferta normal y verificar los requisitos habilitantes –específicamente la capacidad jurídica– determinar que está incurso en una causal y posteriormente *rechazarlo*. Lo anterior, debido a que, primero, se estaría realizando conforme a hechos o circunstancias posteriores al inicio del procedimiento, lo que está proscrito y, segundo, la disposición no

²⁰ DÁVILA VINUEZA, Op. cit., p. 434.

determina que la entidad realice alguna actuación, sino da por supuesta la renuncia.

Por esto, tampoco se cree procedente que se siga un procedimiento administrativo, conforme a las normas de la Ley 1437, pues la norma no implica una actuación formal de la entidad y menos una decisión «constitutiva». No obstante, si se considera que el proponente debe tener la oportunidad de demostrar que efectivamente nunca estuvo incurso en una –pues de haberlo estado, así sea un día, la limitación sobrevino– y que la entidad tiene información errada, pues la comprobación de su existencia no debería depender de interpretación de ese operador, sino de un hecho constatable. Si bien se defiende que es lo ideal, no se ignora la dificultad de aplicación que tienen algunas de las causales estudiadas anteriormente, pero se defiende que es la intención del inciso segundo del artículo 9 de la Ley 80.

Hasta ahora se refirió a la situación suponiendo que ocurre antes de la verificación de los requisitos habilitantes. Sin embargo, su acaecimiento no es exclusivo de ese momento, también puede suceder luego de realizada esa constatación, pero la consecuencia no varía, simplemente supone la renuncia y se excluye de la selección al proponente. En este caso se dificulta especialmente que la entidad se entere del hecho –aunque solo un poco más que en el otro–, Dávila explica que los oferentes son los responsables de informar a la entidad, pero esto no puede ser suficiente, y queda cuestionarse qué se le puede exigir a la entidad, máxime cuando existen algunas que carecen de publicidad.

En cuanto a los sujetos que pueden quedar incursos, para las personas –naturales o jurídicas– la consecuencia es clara: la renuncia. Los cuestionamientos se circunscriben a los consorcios y uniones temporales, específicamente, qué sucede si durante el procedimiento de selección le sobreviene la inhabilidad o incompatibilidad a un integrante. La primera postura podría limitarse a lo dispuesto en el inciso tres de la norma, es decir, que este debe ceder la participación a un tercero, previa autorización de la entidad. La respuesta no es tan clara, pues la prohibición que realiza a punto seguido se limita a la etapa contractual, al determinar que «[...] en ningún caso podrá haber cesión del *contrato* entre quienes integran el consorcio o unión temporal».

Eso admite, por lo menos, dos interpretaciones: *i)* que la existencia del contrato solamente es necesaria para la prohibición, es decir, que el integrante del consorcio o unión temporal podrá ceder su participación incluso a los otros miembros –porque esa parte de la disposición no les aplica– o *ii)* que el inciso tres no refiere a la etapa de selección, y por eso la restricción sobreviniente afecta a los demás integrantes y en conjunto deberán renunciar a la participación –dando lugar a la segunda postura–. La definición del tema no es clara, y en una lectura restrictiva, la norma no parece impedir que uno o varios integrantes cedan su

parte, sin embargo, la duda se incrementa por el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

«La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente “renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo” (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993)¹³². En tal sentido, *la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección*»²¹ (cursiva fuera de texto).

Es claro que es un pronunciamiento no constituye un precedente jurisprudencial, sin embargo, si es una interpretación de la Sala de Consulta y Servicio Civil que se inclina por la segunda postura: que integrantes afectados del consorcio o la unión temporal no pueden ceder su participación y afectan a los demás, implicando que se entiende que todos renuncian a la ejecución.

ii) *El acto administrativo de adjudicación*: cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene después de adjudicado el contrato, pero antes de suscribirlo, la situación cambia diametralmente, primero, porque el artículo 9 de la Ley 80 no dispone una consecuencia jurídica para la situación y, segundo, debido a que las condiciones a las que se somete el acto administrativo son especiales.

La adjudicación es un acto especial dentro del procedimiento de selección, configurada como la *aceptación*. Entonces, el acto es la aceptación que la Administración hace de una de las «ofertas» presentadas en el marco de un procedimiento de selección, la cual se realiza con base en los criterios definidos de forma expresa y precisa en el pliego de condiciones, prefiriendo al que obtenga el primer puesto según la calificación de los factores de escogencia²².

Cuando convergen ambas voluntades, la oferta y la aceptación – adjudicación–, se forma el consentimiento²³. En palabras de Escobar Gil es la

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Exp. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

²² Expósito Vélez define al acto de adjudicación como una de las formalidades más importantes para la configuración del contrato estatal, puesto que es a partir de él que se origina la obligación para las partes de celebrar el contrato objeto del procedimiento de selección. Además, explica qué implica la manifestación definitiva de la voluntad de la Administración de realizar la contratación (EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 62).

²³ Ospina Fernández y Ospina Acosta señalan que el consentimiento es el «curso real de las voluntades de dos o más personas, que el requisito de las convenciones se configura en el momento en que todas y cada una de las personas manifestaron sus voluntades, y que convergen hacia un mismo objetivo –*in idem placitum consensus*–, lo que

manera en que se completa el ciclo de formación de la voluntad contractual pública, que empieza con la convocatoria al procedimiento de selección y finaliza con la elección de la propuesta más favorable, materializada en el acto de adjudicación. La formación del acuerdo de voluntades entre la Administración y el sujeto, que bien puede ser un particular o una entidad estatal, crea un vínculo jurídico. Así, se reconoce que el simple acuerdo produce efectos jurídicos directos e inmediatos, conformando un conjunto de derechos y obligaciones entre ellas²⁴.

Aunque la constitución del consentimiento crea la relación jurídica, es decir, derechos y obligaciones recíprocos, Marienhoff señala que para que se forme el contrato se requiere de dos cosas fundamentales, la primera que las partes expresen su voluntad y la segunda que se *perfeccione*²⁵. Así, como ya se explicó, luego de la adjudicación es necesario que se suscriba el contrato, y solo ahí se perfecciona el contrato estatal –artículo 41 de la Ley 80–, con la excepción referida –urgencia manifiesta–.

Es evidente que este no es cualquier acto administrativo, por eso el EGCAP le atribuyó características especiales, como lo es que sea *irrevocable*, constituyéndose como una excepción a la competencia del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. De esta forma, con la redacción del artículo 9 de la Ley 80 era absolutamente cuestionable qué debía hacer la Administración si luego de adjudicar sobreviene la inhabilidad o incompatibilidad, pues el acto genera la obligación, tanto para el contratista como para esta, de celebrar el contrato. Palacio Hincapié señala que, en esas condiciones, la entidad tenía que suscribirlo con un sujeto que estaba inhabilitado y proceder a terminarlo inmediatamente²⁶.

Si bien no se está plenamente de acuerdo con la solución que señala el doctrinante, se referencia para mostrar los inconvenientes prácticos y jurídicos que le implicaba a la Administración. La situación hoy carece de relevancia, pues la Ley 1150 de 2007 la subsanó, cuando en el artículo 9 dispone que, no obstante el acto administrativo es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario, si sobreviene la inhabilidad o incompatibilidad podrá ser revocado, caso en que podrá aplicarse lo establecido en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Así, es claro que la norma rompe la regla general, y determina la consecuencia jurídica, sin discriminar por la calidad del sujeto –persona o figura asociativa–, del hecho analizado: que la prohibición acaezca cuando hay adjudicación.

supone la sucesión de dos actos simples: la propuesta y la aceptación. [...] Así, el encuentro y la unificación de la propuesta y su aceptación es lo que genera el consentimiento» (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 7° Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2021. p. 145).

²⁴ ESCOBAR GIL. Op. cit., p. 209.

²⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 7° Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011. p. 107.

²⁶

iii) En la ejecución del contrato: en esta etapa se entiende que el adjudicatario no tenía ninguna restricción para contratar y que, efectivamente, suscribió el negocio en el mismo estado. Solamente después de esto, al sobrevenir la inhabilidad o incompatibilidad se está en el supuesto del inciso 1 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, el cual establece 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». Según la disposición para el hecho existen dos posibles consecuencias jurídicas: *i)* la cesión, con las condiciones allí determinadas, o *ii)* la renuncia.

La primera pregunta a resolver es cómo se elige una u otra, y si la posibilidad de elegir una depende de haber intentado la otra. La norma dice que el contratista «cederá el contrato», lo que parece un mandato imperativo, prácticamente que tiene el deber de encontrar quien lo ejecute y posteriormente celebrar la cesión –claro está que supeditado a la autorización de la entidad–. Sin embargo, la disposición también señala que si ello no fuera posible –cederlo– entonces renunciará a su ejecución. El legislador no define el alcance de la imposibilidad, es decir, qué situaciones funcionan como razón para que no se ceda: ¿cualquiera? ¿alguna en especial? En todo caso, la respuesta tendrá que darse a partir de la pura interpretación del inciso.

De la literalidad de la disposición no se desprender una razón especial para que el contratista pueda a la renunciar, con esto la simple falta de voluntad de ceder el contrato sería suficiente para pasar directamente a ella. La comprensión puede contraponerse con la necesidad de ejecutar el contrato sin mayores dilaciones, e incluso con principios de la función administrativa como la eficacia, economía y celeridad. Acá es claro que la mejor opción, tanto para el contratista como la Administración, es que se ceda el negocio; no obstante, no se encuentran razones en la disposición que le impidan al contratista no renunciar directamente a la ejecución, máxime que con ello se cumple con la finalidad de la norma.

Con lo anterior se concluye que la decisión de elegir alguna de las opciones depende de la voluntad del contratista o de las condiciones que tenga en el momento en que deba tomarla –es decir, si es posible, en realidad, encontrar un cesionario–. Por otro lado, se sostiene que las opciones no son dependientes, es decir, que para poder renunciar no es necesario que primero se surta el trámite de cesión.

Una vez sobrevenga la inhabilidad en medio de la ejecución, la cesión parece el paso natural, la cual se condiciona a la autorización previa y escrita de la Administración. Dávila Vinueza explicó que al iniciar el trámite dirigido a cederle el contrato a un tercero, deberá acreditar condiciones técnicas, financieras y de experiencia, por lo menos iguales a las del cedente, y que será la entidad quien debe analizar y aceptar la cesión de forma expresa y escrita para encontrar plenas

garantías para la ejecución²⁷. Para estos efectos se precisa que tanto el artículo 9 como el 41 de la Ley 80 supeditan el perfeccionamiento del contrato de cesión a la «autorización previa» de la entidad cedida²⁸, lo que implica que la validez del negocio entre el cedente y el cesionario se condiciona a que la Administración faculte al contratista para realizarlo²⁹.

Según esa lógica, como lo expone Ramírez Grisales, la ausencia de la autorización impide la suscripción de la cesión, lo que genera como consecuencia que lo celebrado sea inoponible a la entidad estatal, y a la vez, implica un incumplimiento del contrato estatal³⁰. El autor precisó que la autorización para ceder el contrato puede estar en el pliego de condiciones o en el contrato, y a falta de esta, la autorización posterior y particular debe estar en un acto administrativo, que tiene que estar por escrito y reunir los requisitos de validez del mismo³¹. Igualmente, expresó que el acto que autoriza o niega la cesión es discrecional, conforme al inciso tercero del artículo 41 *ibidem*³².

La discrecionalidad de la decisión se reduce, según Dávila Vinueza, a que la negativa se supedita a razones atribuibles a la persona presentada como cesionario³³. El sentido del artículo 9 implica que la entidad tiene que cuidar muy bien a quien seguirá ejecutando del contrato, y para ello tendrá la capacidad solicitar, como mínimo, las mismas condiciones del pliego de condiciones. No obstante, aquí se sostiene que no es necesario que se supedita a estos, por el contrario, tiene la facultad discrecional de pedir requisitos extras que le garanticen que el cesionario es el idóneo para seguir ejecutando.

En cuanto a los consorcios y uniones temporales la situación es clara, pues no cabe duda que existe la posibilidad de que cuando uno de los integrantes sea quien esté incurso en una inhabilidad o incompatibilidad, entonces aplica el inciso tercero del artículo 9, a saber: el miembro sobre el cual sobreviene la inhabilidad podrá ceder su participación a un tercero, que en ningún caso podrá ser otro miembro del consorcio o unión temporal.

²⁷ DÁVILA VINUEZA, Op. Cit., p. 160.

²⁸ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios en Derecho Administrativo—CEDA—, 2014. p. 124.

²⁹ Ibid. p. 125.

³⁰ Ibid. p. 126.

³¹ Ibid. p. 140.

³² Ibid. p. 146. En esa oportunidad el autor precisó que la decisión es altamente discrecional, a excepción de: *i)* el acto debe expedirse en la etapa de ejecución del contrato, *ii)* debe constar por escrito, *iii)* debe recaer en un *tercero*, *iv)* la entidad tiene que evaluar que el *tercero* tenga capacidad jurídica y no esté incurso en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, y *v)* la Administración verificará que el cesionario tenga la capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones cedidas.

³³ Ibid., p. 160.

iv) Luego de terminado el contrato: en la etapa de liquidación del contrato ocurre una situación particular, ya no se está ejecutando el contrato, pero aún quedan pendientes actuaciones por realizar. Así no es claro si en ese momento sobreviene la inhabilidad el sujeto podrá suscribir la liquidación, se le podrán realizar pagos pendientes o recibir bienes o servicios pendientes. Lo que es claro es que está impedido para suscribir negocios o realizar actuaciones relativas al contrato, sin embargo si se considera que el tramite posterior es verdaderamente desgastante administrativamente.

Bibliografía

Doctrina

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

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. 1 ed. Colombia: Legis Editores S.A., 1999. 635 p.

ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1977.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 190.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. 7° Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011. 489 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 7° Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2021. 607 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8 ed. Medellín: Librería Sánchez Jurídica S.A.S., 2020. 859 p

Jurisprudencia

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

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Exp. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

C