

RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: QUIENES ESTÉN INHABILITADOS PARA CONTRATAR POR LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Con el propósito de finalizar el estudio de las causales de inhabilidades e incompatibilidades, en esta ocasión se analizará el artículo 8, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993. Para ello, se empezará por identificar las diferencias que existen entre esta y las demás causales que fueron consideradas con anterioridad; además, se determinarán sus características y problemáticas, intentando explicar su repercusión en el régimen.

Introducción

El régimen de *inhabilidades e incompatibilidades* es una institución con una importancia determinante para la contratación estatal, por esto se pretende realizar un análisis completo de la misma. En tal sentido, se continúa con el estudio detallado de cada una de las causales e inhabilidades prescritas en la Constitución y en la ley. Así que, para finalizar con el análisis, el texto se ocupará del numeral 1, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual identifica que están inhabilitados quienes así se hallen según la Constitución y las leyes.

Desde este momento se resalta que la disposición es especial, su contenido dista fuertemente de las ya estudiadas, por eso, el análisis que se realiza también es particular y disímil, pues no parte de los mismos puntos y, sobre todo, no da por hecho su naturaleza y finalidad. Adicionalmente, se aclara que no se procederá a identificar y analizar los elementos que la integran o la generan, de la misma forma en que se realizó en estudios antecedentes, puesto que en ella no se presentan los mismos, es decir, que no existe un destinatario identificable, unos hechos que la configuren o un término de duración. Sin embargo, se mantendrá la idea de enfrentar los aspectos teóricos que ofrece con la realidad, intentando destacar los cuestionamientos o claridades que aporta al régimen.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 31 de julio 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 Sebastián Ramírez Grisales 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—.

1. Quienes se hallen inhabilitados para contratar por la Constitución y las leyes

La Ley 80 de 1993, artículo 8, numeral 1, literal a), establece que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales: las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. La disposición tiene un contenido particular, puesto que al analizar el artículo *ibidem* y las demás causales –establecidas en otros literales–, se observa que el objetivo general de su regulación es determinar aquellos supuestos de hecho que tienen como consecuencia jurídica una prohibición para participar en los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, mientras que, el literal a) del primer numeral no cuenta con ningún tipo de situación fáctica o jurídica que al ocurrir implique quedar incurso en la restricción.

Es claro que la norma está redactada en términos especiales, diametralmente diferentes al resto de causales prescritas, tanto en el artículo 8 – norma que lo contiene– como del resto del ordenamiento jurídico. Conforme a esto, el enfoque del estudio es particular, lo que implica que el punto de partida sea especial, cuestionando si la norma *per se* constituye una verdadera causal de inhabilidad. El interrogante se fundamenta en la comentada inexistencia de supuestos facticos que originen la restricción, es decir, no establece un hecho autónomo que al ocurrir tenga como consecuencia directa la imposibilidad de un sujeto para ser contratista del Estado.

La pertinencia de la pregunta planteada puede intentar desvirtuarse al referir que la disposición sí contiene supuestos que deriven en la inhabilidad, porque en realidad reúne todos aquellos establecidos en los demás literales y normas ajenas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en otras palabras, que allí están, entre otras: *i)* quienes sin justa causa se abstengan de suscribir un contrato adjudicado –artículo 8, literal e)–; *ii)* el interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante, relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato –artículo 8, literal k) (sic)–; *iii)* 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 –artículo 8, literal i)– y *iv)* cuando la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias en la información entregada para la inscripción del Registro Único de Proponentes –artículo 6, Ley 1150–.

Sin embargo, aunque efectivamente sea así, es decir, que la norma incorpore todas las demás inhabilidades, esto no significa que sea una autónoma, que por sí misma determine una prohibición para ser contratista, puesto que su contenido depende, en todas sus partes –por ejemplo, el destinatario, el hecho generador y el término de duración–, de otras que están dispersas en el ordenamiento. En ese orden de ideas, se considera que no constituye una causal independiente, con los elementos suficientes para configurarse como tal, sino que remite o está integrada por otras que sí lo son.

La conclusión implica, necesariamente, realizar otros cuestionamientos frente a la disposición, pues al sostenerse que el literal no es una causal de inhabilidad se requiere identificar cuál es su finalidad, y cuál fue la intención del legislador al incluirla, si aporta algún elemento adicional al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o si, por el contrario, únicamente sirve de referencia para reconocer o reafirmar que todas las demás tienen como efecto la imposibilidad de participar en la selección y suscribir contratos.

La doctrina no aporta mucho al respecto, ya que no se ocupa de analizar el alcance del literal y restringen sus explicaciones a resaltar la literalidad de la norma. Por ejemplo, Dávila Vinueza se limita a expresar que refiere a las personas incursoas en cualquiera de las circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, determinantes de inhabilidades e incompatibilidades para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con las entidades estatales³. Matallana Camacho la denomina «inhabilidad constitucional o legal», y al desarrollarla únicamente refiere cuatro normas que consagran algunas causales: el artículo 127 y 180 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 17 de la Ley 678 de 2001⁴.

Con una lectura preliminar, en la misma línea de la doctrina, no parece que el artículo 8, numeral 1, literal a), prescriba alguna regla que sobrepase la literalidad, en otras palabras, que de fondo no tiene un contenido propio que aporte alguna regulación o elemento adicional. No obstante, un estudio contextual que sobrepase el enfoque su comprensión como «causal», permite distinguir que sí tiene componentes que agregan contenidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los cuales se expondrán a continuación.

2. Fuentes normativas de las inhabilidades e incompatibilidades

³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993, Op. cit., 2003, p. 162.

⁴ MATAALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 190.

Una consideración fundamental al estudiar una institución jurídica se centra en identificar en qué fuentes jurídicas pueden establecerse. Si bien para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades la pregunta no implica ninguna dificultad, pues la respuesta es pacífica, el artículo 8, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993 contiene un fundamento legal, sólido y claro, para identificar puntualmente las normas donde efectivamente pueden configurarse.

El literal *ibidem* prescribe que son inhábiles quienes lo estén según la Constitución y la ley, constituyendo un parámetro definitivo para sus fuentes. Así pues, la disposición refuerza el entendimiento de que la competencia para determinar qué hechos o situaciones serán constitutivos de una prohibición para contratar con el Estado, o participar en un procedimiento de selección, es únicamente constitucional o legislativa, excluyéndose la posibilidad de que se adopten mediante un reglamento, acto administrativo, o cualquier otra norma de inferior jerarquía que la ley.

Incluir a la Constitución como posible fuente de las causales es apenas obvio, es decir, que aunque el literal a) determina que las personas inhabilitadas por disposición constitucional no podrán contratar, o participar en la selección de un contratista, no era necesario que fuera así, debido a que no existe ninguna restricción regulativa para esta, pudiendo incorporar prescripciones acerca de cualquier tema, sin la necesidad de que ninguna otra norma, y mucho menos una contenida en una ley ordinaria, la autorice.

En efecto la norma fundamental consagra directamente algunas causales, por ejemplo, el artículo 127 dispuso que los servidores públicos, por sí mismos o interpuesta persona, o en representación de otros, no pueden celebrar contratos con entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo excepciones legales; y el artículo 122 señaló que no podrán hacerlo quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o quienes lo hayan sido por delitos relacionados con la pertinencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico, tanto en el exterior como en Colombia.

El literal *ibidem* determina que las causales también pueden establecerse en las leyes. Con esto se dispone que es posible consagrarlas en estas, lo que ratifica que el legislador tiene la misma facultad, entendiéndose que es una materia, como ya se expresó, con reserva legal. Es de reiterarse que la conclusión no es nueva, por el contrario, el literal a) únicamente ratifica el concepto que se tiene sobre las fuentes normativas que pueden contenerlas, idea sostenida por Colombia Compra Eficiente, que señaló que solo pueden crearse en la ley⁵; por Dávila Vinueza, que

⁵ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de enero de 2020. Rad: 2202013000000181.

explica que las causales serán las que la ley de manera expresa señala⁶; y el Consejo de Estado que determina que tienen reserva constitucional y legal⁷.

La redacción del literal a) confirma, como se identificó, que no se confiere la capacidad a ninguna otra fuente de derecho para que las consagre. Cuando se limita a las personas inhabilitadas como las determinadas por la Constitución y las leyes, se excluye directamente a las demás normas, es decir, que no permite que algún hecho o circunstancia definido en una normas de menor jerarquía tenga como efecto una inhabilidad. La precisión es completamente relevante, más aún cuando se cuestione si es posible prescribirlas en los pliegos de condiciones, lo que está claramente prohibido. Primero, porque con fundamento en el literal a) no se permite, y segundo, debido a que también es de entendimiento general, por razones materiales. Así, Colombia Compra Eficiente especificó que las entidades en los pliegos de condiciones no están facultadas para incluir *inhabilidades e incompatibilidades*⁸, posición que coincide con el Consejo de Estado, que explica que debido a la reserva que tienen al ser cláusulas restrictivas de la libertad de contratación, la entidad no puede crearlas en los pliegos⁹.

No obstante lo anterior, es preciso resaltar que la norma se circunscribe exclusivamente a la regulación de las inhabilidades, sin que realice mención alguna de las incompatibilidades; en otras palabras, lo establecido en el literal es aplicable únicamente a esa primera figura del régimen, puesto que pertenece al numeral 1 – el cual determina específicamente quienes son *inhábiles*– y, además, su contenido está dirigido explícitamente a estas. El artículo 8, numeral 2, de la Ley 80 no tiene un literal equivalente para las incompatibilidades, es decir, que en ninguno se prevé que tampoco pueden participar en licitaciones y celebrar contratos quienes tengan una *incompatibilidad* según la Constitución y las leyes.

La omisión legislativa, si puede denominarse así, tiene dos posibles lecturas. La primera, y muy poco probable, se decanta por entender que la inexistencia de una norma que señale que las incompatibilidades están en disposiciones constitucionales o legales significa que no tienen reserva en estas fuentes normativas, y entonces, que pueden configurarse en otras de menor jerarquía, como serían los reglamentos o pliegos de condiciones. La segunda se inclina por sostener que, sin importar que ni el literal a) ni el numeral 2 las incluya directamente, se entiende que están incluidas en aquel, toda vez que no es razonable distinguir entre ambas, y además, que se entiende de forma generalizada que estas también cuentan con la misma reserva normativa.

⁶ DÁVILA VINUEZA. Op. cit., p. 149.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. C.P. Oscar Darío Amaya Navas. Exp. 2.351.

⁸ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. C.P. Oscar Darío Amaya Navas. Exp. 2.351.

En el caso de las incompatibilidades también existe una restricción de derechos, como la igualdad, la libertad contractual, la libre empresa y el de participar y suscribir contratos con entidades estatales, que por su importancia y necesidad de protección, las únicas normas que pueden hacerlo sean de rango legal y constitucional. Esta razón, de naturaleza material, es la más fuerte para limitar la determinación de incompatibilidades, pues no existe un fundamento jurídico claro e inequívoco como el del literal a), que se sostiene no las incluye –es decir, es exclusiva para las inhabilidades–. Aunque no se entienda por qué el legislador omitió incluirlas, esto no es razón suficiente para concluir que no están integradas en el literal a).

Por otro lado, lo dispuesto en el literal a) *ibidem* también contribuye a determinar si las causales de inhabilidad están limitadas a las dispuestas en el artículo 8, o si, por el contrario, no se agotan en él y se permite que estén dispersas en el ordenamiento jurídico. La redacción de la norma deja claro que la lista no es taxativa, que las razones jurídicas que dan lugar a la prohibición para contratar no se limitan exclusivamente a aquellas señaladas en los literales, por lo menos, del numeral 1, debido a que determina que son inhábiles las personas que así lo estén en razón a la Constitución y a las leyes, es decir, que especifica que pueden estarlo según «otras».

Es claro, entonces, que según el literal «otras» leyes tienen la posibilidad de señalar supuestos facticos que tengan como consecuencia la restricción para contratar –inhabilidad–, sin distinguir de ninguna forma si cualquier ley podía hacerlo o solamente se limitaba a alguna. Para empezar, se destaca que no existe ninguna distinción *material* para cualificar aquellas que pueden establecerlas, de forma que, al no haber ninguna precisión que las circunscriba a leyes sobre determinada materia, entonces cualquiera tiene la posibilidad de constituir las, sin que se tenga que observar ninguna regla especial, pues no lo demanda ni el literal a), ni ninguna otra regla.

Esta interpretación se ajusta a lo que ocurre en la realidad, ya que existen multiplicidad de normas, de naturaleza muy disímiles, que prescriben causales de inhabilidad, entre otras: el Código de Policía, el Código Único Disciplinario, el Código Penal, la Ley 617 del 2000 y la Ley 2079 de 2021. La dispersión normativa a que está sometido el régimen es evidente, situación que en muchas ocasiones incentiva cuestionarse acerca del respeto al principio de unidad de materia, ya que muchas de las normas que las contienen no presentan relación alguna con el régimen de contratación estatal. Sin embargo, una norma tan abierta como el artículo 8, numeral 1, literal a), de la Ley 80 implica que no solamente pueden encontrarse en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino en cualquier ley.

De otra parte, en el artículo tampoco se identifica qué tipo de ley las debe establecer. Para iniciar se realizará una consideración preliminar, con el fin de cuestionar la relación de las inhabilidades con la capacidad contractual¹⁰. Como se analizó al inicio del estudio del régimen, la capacidad del «contratista» estatal no se limita a que sea capaz según el derecho privado¹¹, sino que además es necesario que no se esté incurso en ninguna de las causales. El Consejo de Estado se pronunció en esta línea, al explicar que en los contratos del Estado la capacidad tiene una dimensión más amplia, pues tiene como objetivo la protección de principios, y se integra por otro elemento: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En resumen, se compone de: *i)* la capacidad de goce, *ii)* la capacidad de ejercicio, y *iii)* la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades¹².

Así las cosas, es claro que la capacidad del contratista depende del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pues si está incurso en alguna de sus causales sería incapaz para celebrar algunos contratos con el Estado, conforme al alcance de esta. La relación directa de la capacidad con las inhabilidades es innegable, de ahí que sea pertinente cuestionarse si de conformidad con el artículo 352 de la Constitución, estas no deberían establecerse leyes orgánicas¹³. Lo primero a señalar es que esta discusión trasciende al alcance del artículo 8, numeral 1, letra a), de la Ley 80, pero que además, la pregunta fue resuelta en la sentencia C-178 de 1996, donde se avaló que la Ley 80 de 1993 definiera asuntos propios de la capacidad contractual.

¹⁰ La *Capacidad*, de acuerdo con Ospina Fernández y Ospina Acosta, tiene una doble acepción, por un lado, denota la aptitud que se les atribuye a los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que, por otro, implica el poder que se reconoce a gran parte de esos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otras personas. En el segundo ya no se comporta como una condición para la validez de los actos jurídicos que realicen. (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009, p. 86).

¹¹ De acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, entre otros requisitos, para que una persona se obligue es necesario que sea *capaz*, es decir, que lo pueda por sí misma, sin necesidad de autorización por otro; igualmente, la capacidad de las personas naturales está condicionada a las demás normas pertinentes en materia civil. Conforme el artículo 99 del Código de Comercio, que regula lo concerniente a la capacidad de las sociedades, su *capacidad* se ajusta al desarrollo de la empresa o prevista en su objeto social.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.408.

¹³ El artículo 352 establece que: «Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar».

En cuanto al tipo de leyes que pueden establecer las inhabilidades, se resalta que el literal a) no determina ninguna cualificación especial, porque simplemente se refiere a leyes. De acuerdo con la Corte Constitucional, el ejercicio de la función legislativa se realiza mediante diferentes tipos de leyes, las cuales se puede agrupar en dos categorías generales: *i)* leyes especiales, integradas por las estatutarias y orgánicas y *ii)* leyes ordinarias o comunes, compuestas por leyes marco, códigos o conjuntos sistemáticos de normas, leyes de facultades extraordinarias, leyes de honores y leyes ordinarias propiamente dichas, entre otras¹⁴.

La Corporación precisó que en el grupo de leyes especiales están las estatutarias –artículos 152 y 153 de la Constitución–, mediante las que se regulan algunas materias específicas, y requieren para su aprobación un trámite especial que el de las ordinarias, puesto que deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y ser expedidas en una sola legislatura, además son objeto del control previo y automático de constitucionalidad¹⁵. De otro lado, están las orgánicas –artículo 151 *ibidem*–, las cuales, además de estar sometidas a un trámite de expedición especial –requieren mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara–, por su naturaleza tienen un rango superior frente a las leyes que siguen el trámite ordinario¹⁶.

La Corte señaló que con respecto a las leyes ordinarias o comunes, no se consagran procedimientos o trámites especiales para su aprobación, ni impone jerarquías entre ellas. Destacó frente a la relación existente entre las leyes especiales y las leyes ordinarias, que por su caracterización constitucional, las primeras actúan en realidad como parámetro general de las segundas¹⁷. De forma que, según lo señalado por la Corporación, solamente existen jerarquías y procedimientos especiales de las leyes ordinarias respecto de las otras –las estatutarias y las orgánicas–.

Ahora, en cuanto a aquellas que pueden establecer las inhabilidades, se destaca que la Ley 80 de 1993 determinó indirectamente las normas generales del régimen general de inhabilidades, derivándose que su naturaleza jurídica es la ley ordinaria, siendo una de jerarquía inferior a aquellas especiales, como son las estatutarias y las orgánicas, de lo que se deduce que las causales no tienen que estar en ninguna de estas, sino que, por el contrario, existe libertad para que el legislador determine en cuáles las configurará. Se enfatiza en que estas consideraciones no son aplicables a las incompatibilidades, pues no están

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-439 DE 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

incluidas en el liberal *ibidem*, sin embargo, con la misma lógica, se entiende que no se limita a ningún tipo de ley en especial.

Bibliografía

Doctrina

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

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

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.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.408.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. C.P. Oscar Darío Amaya Navas. Exp. 2.351.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-439 DE 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de enero de 2020. Rad: 2202013000000181.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

