

PROPORCIONALIDAD FRENTE A LAS CONSECUENCIAS DE LAS CAUSALES DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado se compone de varias causales que tienen origen y consecuencias distintas, no obstante, por su naturaleza y finalidad también comparten rasgos comunes. Luego de un análisis pormenorizado de cada una de estas causales, corresponde ahora abordar aspectos transversales, que permitan llegar a nuevas conclusiones. En ese sentido, el presente escrito identifica la diferencia y proporcionalidad de las consecuencias —específicamente temporales— de estas causales de inhabilidad e incompatibilidad.

Introducción

A lo largo del estudio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— ha analizado el régimen general de las inhabilidades e incompatibilidades, considerando una a una las causales que lo conforman y sus respectivas excepciones. Agotado lo anterior, ahora se analizarán temas transversales, que permitirán formular una «teoría general». En esta ocasión, el tema es la diferencia y proporcionalidad de las consecuencias de las causales, para lo cual el escrito se divide en 2 partes: *i)* clasificación o categorización de las consecuencias de las causales y *ii)* análisis de la proporcionalidad de ellas.

1. Clasificación de las consecuencias de las causales de inhabilidades e incompatibilidades

Para realizar un análisis de proporcionalidad frente a las consecuencias de las inhabilidades e incompatibilidades, es necesario clasificarlas o agruparlas, pues sus causas y efectos varían demasiado. Luego de su estudio, con base en las consecuencias, se pueden clasificar en 3 grupos: *i)* consecuencias temporales fijas

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 25 de septiembre 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 Gonzalo Marín Cortés.

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

o determinadas; *ii*) consecuencias temporales a término indefinido y *iii*) consecuencias temporales sometidas a condición.

1.1 Consecuencias temporales determinadas

Este primer grupo se divide en 6 subcategorías, con base en el término de duración de la inhabilidad: *i*) 1 año; *ii*) 2 años; *iii*) 5 años; *iv*) 8 años; *v*) 10 años y *vi*) 20 años. En primer lugar, la consecuencia de la inhabilidad por el término de 1 año se encuentra en la Ley 80, numeral 2º, literal a)³, para quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo de la entidad contratante. El término de esta inhabilidad se cuenta desde la fecha del retiro, bien sea de la junta o consejo directivo o del cargo de servidor público en cualquiera de los niveles mencionados.

La imposibilidad de contratar por el término de 2 años aplica en el caso del artículo 8º de la Ley 80, numeral 2º, literal f)⁴, esto es, a las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y para las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, siempre y cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad también le aplica a las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público. En estos casos perdura durante los 2 años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

El término de 1 o 2 años es el pertinente para evitar que la influencia afecte los futuros procedimiento de contratación que realicen las entidades, y en los cuales el ex miembro, el ex funcionario o los parientes de estos puedan beneficiarse de manera irregular. No obstante, frente a esta diferencia temporal es pertinente un análisis un poco más detenido, que se realizará en el segundo acápite de este texto.

³ «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

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

»a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro [...].»

⁴ «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

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

»f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

»Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público».

Por otra parte, la inhabilidad de 5 años aplica a las causales contenidas en los literales b), c), d), e), i) y k) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80⁵; para el caso de la Ley 1150, artículo 6⁶ y del parágrafo del artículo 27 de la Ley 1474⁷. Estas recaen sobre quienes participaron en licitaciones o celebraron contratos estando inhabilitados; quienes dieron lugar a declaratoria de caducidad; quienes fueron condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y

⁵ «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1°. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...]

»b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

»c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

»d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

»e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. [...]

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

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

[...]

»k) <sic> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

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

⁶ «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. [...]

»En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

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

⁷ «Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

funciones públicas; quienes fueron sancionados disciplinariamente con destitución; quienes se abstuvieron, sin justa causa, de suscribir un contrato; los socios de sociedades a las cuales se les haya declarado la caducidad y las futuras sociedades que aquellos conformen; el interventor que incumpla sus funciones; a quienes se les establezca por primera vez la existencia de graves inconsistencias en el Registro Único de Proponentes —RUP— y a quien haya incurrido en acuerdos restrictivos de la competencia pero se encuentre bajo la condición de delator o clemente. Lo que tienen en común estas causales es que provienen de un reproche, por una conducta indebida.

En cuanto a la inhabilidad de 8 años, aplica para el artículo 27 de la Ley 1474 —previamente citado—, esto es, para quienes en un proceso de contratación se pongan de acuerdo con el objetivo de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, es decir, que entre ellos configuren acuerdos restrictivos de la competencia. Además de la inhabilidad, en estos sujetos recae la sanción de prisión de 6 a 12 años y multa de 200 a 1000 SMLMV. Como se mencionó, el término de la inhabilidad se puede reducir a 5 años cuando se trate de un sujeto en la posición de delator o clemente.

Otro subgrupo en esta primera categoría es el que tiene como consecuencia jurídica una inhabilidad para contratar por el término de 10 años. Es el caso de la causal contenida en la Ley 80 de 1993, artículo 58, numeral 6⁸. Aplica a la persona jurídica representada por un sujeto al cual se le dictó medida de aseguramiento en firme, como consecuencia de hechos u omisiones en relación con su actuación contractual en virtud de su función como representante legal de la persona jurídica de derecho privado. El sujeto queda inhabilitado por el término de duración de la medida de aseguramiento, pero la persona jurídica a la cual representaba queda inhabilitada para proponer y celebrar contratos durante 10 años, los cuales se cuentan a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Por último se encuentra la causal del artículo 8^o de la Ley 80, numeral 1^o, literal j)⁹, que consagra varios supuestos. La inhabilidad aplica a quienes fueron

⁸ «Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: [...]

»6o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.»

⁹ «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1º. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...]

»j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera

declarados culpables por la comisión de delitos contra la administración pública, las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional y las sociedades de las que hagan parte esas personas. En la redacción original del literal, la inhabilidad tenía un término indefinido, es decir, para toda la vida, sin embargo, ha sufrido modificaciones y actualmente el término es de 20 años.

1.2 Consecuencias temporales a término indefinido

La segunda clasificación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, en virtud de sus consecuencias, es la que contiene causales que producen la imposibilidad para contratar a término indefinido. Dos disposiciones se confinan en este grupo: Ley 1150, artículo 6° —previamente citado— y artículo 122 de la Constitución Política¹⁰. En cuanto a la primera, se torna permanente cuando la

de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

»Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

»Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

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

¹⁰ «Artículo 122. [...]

»Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, [...], ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

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

»Parágrafo. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley condenados por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, que hayan suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno o se hayan desmovilizado individualmente, siempre que hayan dejado las armas, se hayan acogido al marco de justicia transicional aplicable en cada caso, entre estos la Jurisdicción Especial para la Paz en los términos de este acto legislativo y no hayan sido condenados por delitos dolosos posteriores al acuerdo de paz o a su desmovilización, estarán habilitados para ser designados como empleados públicos o trabajadores oficiales cuando no estén efectivamente privados de su libertad, bien sea de manera preventiva o en cumplimiento de la sanción que les haya sido impuesta y para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado. Las personas a las que se refiere el presente artículo no quedarán inhabilitadas para el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

persona incurre reiteradamente en inconsistencias en el RUP. La norma señala que cuando la cámara de comercio establezca graves inconsistencias en el Registro Único de Proponentes, la inhabilidad es de 5 años, pero si se reincide es permanente.

El artículo 122 de la Constitución Política tiene varios supuestos generadores de inhabilidad: en caso de condena por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado; en caso de condena por delitos relacionados con grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico; cuando el servidor público haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial y no asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño y para el caso de los exmiembros de grupos armados al margen de la ley y miembros de la fuerza pública que se hayan sometido a la Jurisdicción Especial para la Paz. Frente a esta causal, la Corte Constitucional, al estudiar su alcance, señaló que «[...] es una inhabilidad intemporal que, por su misma naturaleza, impide tiempos inferiores de purga»¹¹, pero aclaró, con base en la definición de delitos que afectan el patrimonio público del parágrafo 2° de la Ley 734 de 2002, que no es posible aplicar la misma inhabilidad para quien atenta de manera dolosa contra el Estado y para quien lo hace de forma culposa. En ese sentido, la inhabilidad del artículo 122 es permanente en la medida en que la comisión del delito se haya cometido de manera dolosa.

1.3 Consecuencias sometidas a condición

En este grupo se incluyen las demás causales de inhabilidad o incompatibilidad, es decir, aquellas en las cuales su consecuencia no está sometida a un término definido por la Ley ni es permanente. Nuevamente surgen subcategorías, esta vez en virtud de la condición que se debe cumplir para que desaparezca la inhabilidad o incompatibilidad: *i)* causales cuya consecuencia temporal está sometida a la terminación de un vínculo; *ii)* causales cuya consecuencia temporal está sometida a la terminación de un cargo u oficio y *iii)* causales cuya consecuencia temporal está sometida al cumplimiento de una acción o la culminación de una «medida sancionatoria».

En el primer subgrupo, esto es, las causales cuya consecuencia temporal está sometida a la terminación de un vínculo, se encuentran las siguientes disposiciones: Ley 80, numeral 1°, literales g) y h) y numeral 2°, literales b), c) y

»La anterior disposición aplicará igualmente a los miembros de la Fuerza Pública que se sometan a la Jurisdicción Especial para la Paz, quienes podrán ser empleados públicos, trabajadores oficiales o contratistas del Estado, cuando no estén efectivamente privados de su libertad, bien sea de manera preventiva o en cumplimiento de la sanción que les haya sido impuesta, sin perjuicio de la prohibición de reincorporación al servicio activo prevista en la Ley 1820 de 2016 para las situaciones en ella señaladas».

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Allí se demandó el artículo 17 de la Ley 190 de 1995, mediante el cual se adiciona un artículo 59A inhabilidad para el desempeño de funciones públicas cuando los servidores públicos del inciso 1o del art 123 constitucional sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

d)¹². El factor común en estas causales es que se encuentran sometidas a la existencia de un vínculo, bien sea de parentesco o en virtud de la celebración del matrimonio o de la unión marital de hecho. Así que cuando la inhabilidad o incompatibilidad surge producto de estos vínculos el término perdura en tanto ellos perduren, es decir, la inhabilidad desaparece cuando desaparezca el vínculo, bien sea por muerte o por disolución de la sociedad marital o patrimonial.

El segundo subgrupo está conformado por las causales cuya consecuencia temporal está sometida a la terminación de un cargo u oficio, es el caso de: la Ley 80, artículo 8º, numeral 1º, literales f), k) y numeral 2º, literal e)¹³; Ley 1474 de

¹² «Artículo 80. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1º. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...]

»g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.

»h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

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

»b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

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

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

¹³ «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1º. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...]

»f) Los servidores públicos.

[...]

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

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

»Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o

2011, artículo 5^o¹⁴ y la Ley 617 de 2000, artículo 49¹⁵. Es decir, un servidor público, las personas o sociedades donde sus miembros hayan financiado campañas políticas hasta cierto porcentaje y algunos de sus parientes, los miembros de juntas o consejos directivos, ciertos contratistas y los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, estarán inhabilitados para celebrar contratos con el Estado, hasta tanto dejen de ser servidores públicos, miembros de juntas o concejos directivos, contratistas y en los otros casos cuando sus parientes dejen de ostentar los cargos que conllevaron a la configuración de la inhabilitación o incompatibilidad.

Por último se encuentra el subgrupo de aquellas causales cuya consecuencia temporal está sometida al cumplimiento de una acción o la culminación de una «medida sancionatoria». Es el caso de la Ley 1801 de 2016, artículo 183, numeral 4^o¹⁶ —prohibición para contratar como consecuencia de no pagar unas multas—; Ley 610 de 2000, artículo 60 —prohibición para contratar para quienes se encuentren en el boletín de responsables fiscales—; Ley 80 de 1993, artículo 58, numeral 6 —previamente citado— según el cual el representante legal de una persona jurídica de derecho privado a quien se le haya proferido medida de aseguramiento en firme como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, queda inhabilitado para contratar por el término de duración de la medida de aseguramiento, y por último,

cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

»La inhabilitación contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales

»2°. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: [...]

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

¹⁴ «Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad».

¹⁵ «Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

»[...] Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente. [...]».

¹⁶ «Artículo 183. Consecuencias por el no pago de multas. Si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona no podrá: [...]

»4. Contratar o renovar contrato con cualquier entidad del Estado. [...]».

la Ley 2097 de 2021, artículo 6°, que establece la inhabilidad para contratar para quienes se encuentren inscritos en el registro de deudores morosos.

Para que desaparezca la inhabilidad de dichas causales, es necesario que: se paguen las multas pendientes, que el sujeto inhabilitado sea retirado del registro de responsables fiscales, que el sujeto que se encuentre bajo medida de aseguramiento, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual como representante legal de una persona jurídica de derecho privado cumpla determinada condena o que los sujetos inscritos en el registro de deudores morosos sean excluidos de allí. El término de las inhabilidades de esta subcategoría está supeditado a la terminación del hecho generador de la correspondiente inhabilidad.

2. Análisis de proporcionalidad de las causales

Concluida la primera parte del escrito, cuyo objetivo era comparar, agrupar y categorizar las causales de inhabilidad e incompatibilidad en virtud de las consecuencias, se continuará con el análisis de proporcionalidad de las mismas, el cual se puede hacer en dos sentidos: el primero, con base en el test de proporcionalidad utilizado comúnmente por la Corte Constitucional, esto es desde los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto; y el otro es un estudio de la proporcionalidad con base en un ejercicio comparativo entre causales y grupos de causales, el cual se encuentra asociado al principio de igualdad.

En primer lugar, el test de proporcionalidad pretende resolver si «[...] el fin de la disposición iusfundamental, entendido en términos subjetivos (la finalidad del constituyente) o en términos objetivos (el fin o la función social de la disposición iusfundamental, establecido de manera razonable), implica la validez *prima facie* de la norma cuya adscripción se pretende»¹⁷. El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: *i*) idoneidad, que trae como exigencias que la medida que intervenga en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo y que sea idónea para fomentar su obtención¹⁸; *ii*) necesidad, según el cual la medida que intervenga en un derecho fundamental debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido¹⁹ y *iii*) proporcionalidad en sentido estricto, subprincipio que exige que las ventajas que se obtienen producto de la intervención legislativa al derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención conlleva —en cuanto a los titulares del derecho fundamental y para la sociedad en general—²⁰.

La importancia de este análisis de proporcionalidad radica en los efectos jurídicos para el control de constitucionalidad, pues mientras la Corte

¹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 791.

¹⁸ Ibid. p. 875.

¹⁹ Ibid. p. 933.

²⁰ Ibid. p. 962.

Constitucional no se pronuncie al operador jurídico no le queda opción que aplicar la Ley como está establecida, pues si bien el artículo 4° de la Constitución Política regula la excepción de inconstitucionalidad, la cual se aplica ante contradicciones entre normas de carácter legal y de carácter constitucional, en los casos de inhabilidades e incompatibilidades es difícil que la excepción prospere, debido a que la contradicción con la norma superior no es evidente y solo se llegaría a determinadas conclusiones producto de análisis detenidos.

El único grupo de causales del cual aparentemente se podría evidenciar una contradicción con lo dispuesto en la Constitución Política es el que tiene consecuencias temporales a término indefinido, debido a que el artículo 28 de la Constitución Política establece que «[...] En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles». Sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a las dos disposiciones normativas que conforman ese grupo —Ley 1150 de 2007, artículo 6° y artículo 122 de la Constitución Política—. Para el caso del artículo 6° de la Ley 1150, la Corte se pronunció mediante la Sentencia C-1016 de 2012, allí se analizó la constitucionalidad de la expresión «[...]en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente», pues los demandantes consideraban que esta vulneraba el artículo 28 constitucional e iba en contra de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En la providencia, la Corte Constitucional reiteró la diferencia entre *inhabilidades sanción e inhabilidades requisito*, la cual surge, principalmente, de la distinción en sus fuentes —el ejercicio del derecho punitivo del Estado o la autonomía del legislador—. Adicionalmente, creó una «nueva forma de inhabilidad» dentro de la cual se circunscribe, según la Corte, la inhabilidad del artículo 6° de la Ley 1150: la denomina «inhabilidad-consecuencial», debido a que proviene de un trámite administrativo, pues «[...] el proponente había sido inhabilitado previamente por cinco (5) años y reincide en una conducta política, administrativa y socialmente reprochable, consistente en incurrir en graves inconsistencias respecto de la documentación suministrada como soporte para su inscripción»²¹. Finalmente, la decisión de la Corte fue considerar la medida como proporcional, en virtud de la necesidad de impedir que quienes defraudaron al Estado incurriendo en actos ilegales puedan ser contratistas, pues para ostentar esa calidad se requieren «[...] condiciones éticas, morales y jurídicas intachables, por tratarse de personas que tendrán a su cargo el manejo y administración de bienes y recursos públicos»²².

Frente al artículo 122 de la Constitución se han proferido otros pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-630 de 2012 se analizó la demanda de constitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, por considerarse que vulneraba el artículo 122 de la Constitución Política. Se señaló que las inhabilidades no constituyen penas impuestas por la comisión de delitos sino impedimentos para acceder a cargos o funciones pública, y en ese sentido las inhabilidades no deben quedar sujetas a la prohibición de

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Ibid.

imprescriptibilidad del artículo 28 constitucional²³. Así mismo, para defender la constitucionalidad de la inhabilidad a término indefinido del artículo 122, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-038 de 1996, afirmó que la prohibición de imprescriptibilidad de las penas del artículo 28 constitucional no recae sobre las inhabilidades que el mismo constituyente ha instituido²⁴. No obstante, se hace la salvedad de que la inhabilidad permanente únicamente puede derivar de la comisión de delitos dolosos, pues los delitos culposos no pueden generar una inhabilidad intemporal, debido a que una interpretación sistemática de la constitución evidencia un tratamiento disímil entre delitos dolosos y culposos²⁵.

Así mismo, la jurisprudencia ha considerado que la *inhabilidad sanción* surgen como una consecuencia establecida por el legislador, cuando la persona es condenada en procesos de responsabilidad política, penal, disciplinaria, contravencional o correccional, es decir, dependen de un proceso sancionatorio previo; mientras que la *inhabilidad requisito* surge por autonomía del legislador y con el fin de que no se vulneren algunos valores, principio o derechos. La tesis de la Corte es que a pesar de que las inhabilidades restringen la capacidad para contratar, en sí mismas no son una modalidad autónoma de sanción penal, por tanto, no les aplica la prohibición del artículo 28 constitucional y el legislador también podrá establecerlas «[...] siempre que la medida se adecúe a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad»²⁶. Lo anterior evidencia que la Corte, en múltiples ocasiones, ha justificado la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales, y se ha servido, principalmente, de los siguientes argumentos:

«[...] (i) ha estimado que el objeto de las normas que las consagran no es castigar la conducta de la persona que resulta inhabilitada, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la excelencia e idoneidad del servicio público, “mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachable de quien haya de prestarlo”; (ii) ha considerado que dado que en la propia Constitución están consagradas expresamente algunas inhabilidades intemporales, el legislador puede proceder en idéntica forma al establecer otras de carácter legal; (iii) ha señalado que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir el régimen de inhabilidades»²⁷.

Independientemente de que se comparta o no la posición de la Corte, esta termina siendo la única que puede hacer ese tipo de análisis de proporcionalidad que generen efectos jurídicos, como la exclusión o no de consecuencias

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-630 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-652 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias 1212 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería. Revisar también la Sentencia C-948 de 2002.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

intemporales del ordenamiento jurídico, pues, como se mencionó, un operador jurídico no podría abstenerse de aplicar ese término.

Respecto al primer grupo de causales, en el cual las consecuencias temporales están determinadas por el ordenamiento jurídico, el término es de 1 o 2 años cuando el objetivo de la inhabilidad es evitar que la influencia obtenida con ocasión del ejercicio de un cargo afecte los futuros procedimientos de contratación que realizan las entidades en las cuales laboró el ex miembro o el ex funcionario. Así mismo, se quiere evitar que los parientes se beneficien de manera arbitraria. Sin embargo, cuando la inhabilidad proviene de un reproche por una conducta indebida, el término aumenta, y pasa a ser de 5, 8, 10 o 20 años, según el caso.

En ese orden de ideas, las medidas contempladas en estas causales son idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Lo mismo sucede con el subgrupo de causales que generan «consecuencias sometidas a condición», pues, nuevamente, lo que se pretende es: para el caso de las causales cuya consecuencia temporal está sometida a la terminación de un vínculo o de un cargo u oficio, que el sujeto que lo ostentaba no haga uso de las influencias o el poder obtenido durante el ejercicio de dicho cargo u oficio, bien sea en favor propio o de sus parientes cercanos, y en el caso de las causales cuya consecuencia temporal está sometida al cumplimiento de una acción o la culminación de una «medida sancionatoria», lo que se busca con la inhabilidad es el pago o el cumplimiento de medidas que surgieron producto de la evasión al Estado, incluido allí el patrimonio nacional.

Por otra parte, la segunda perspectiva de este análisis de proporcionalidad se fundamenta en un ejercicio comparativo interno, es decir, entre las causales que conforman cada uno de los grupos y subgrupos previamente mencionados. En ese sentido, esta segunda parte del análisis de proporcionalidad está relacionada con el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución Política. Establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y que gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación; además, establece que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, entre otros aspectos.

La Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha reconocido que el principio de igualdad «[...] no supone un mandato de simetría absoluta en el trato y en la protección que deben recibir las personas y las situaciones. Por consiguiente, el trato desigual no siempre es contrario a la Carta Política. De esta forma, la Corte ha entendido que el principio de igualdad ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales [...]»²⁸. De manera más específica, en el ámbito contractual, la Corte se ha pronunciado sobre al derecho de igualdad entre oferentes, el cual conlleva la garantía de que todos los sujetos interesados en el proceso de licitación estén en «idénticas» condiciones y tengan las mismas oportunidades. Para que el principio se materialice es necesario que concurren los siguientes aspectos: *i*) las condiciones deben ser las mismas para los competidores

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

y *ii*) debe preferirse a quien hace la oferta más ventajosas para la Administración²⁹. No obstante, este principio en materia contractual parece enfocarse en quienes están habilitados, por tanto, se tendrán en cuenta los principales elementos del principio de igualdad en términos generales.

Con los años, la Corte Constitucional ha aplicado tres métodos, pero independientemente del que emplee deben estar precedidos por la identificación de dos presupuestos: «[...] *i*) los términos de comparación, esto es, las personas, elementos, hechos o situaciones que efectivamente son comparables y *ii*) con respecto a los cuales se establece un trato desigual, independientemente de si tal trato asimétrico es o no constitucional [...]»³⁰. En ese sentido, se pasan a identificar estos elementos en los grupos de causales de inhabilidad e incompatibilidad analizados.

Frente al primer grupo, las causales de inhabilidad e incompatibilidad con un tiempo de duración determinado por la ley, es claro que las consecuencias de 1 o 2 años surgen de causas muy similares: haber sido miembro de la junta o consejo directivo o servidor público desempeñando funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo de la entidad contratante –inhabilidad por 1 año– o haber ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del estado –inhabilidad por 2 años–. Como se señaló, se trata de una inhabilidad proporcional, partiendo de factores externos, pero al comparar internamente las causales se cuestiona: ¿qué justifica que una persona que ejerció cargos en el nivel directivo tenga el doble de tiempo inhabilidad que una persona que fue miembro de la junta o consejo directivo o servidor público desempeñando funciones en los niveles directivo, asesor y ejecutivo? y ¿qué diferencia hay entre una persona que ejerció cargos en el nivel directivo y un servidor público que desempeñó funciones en el nivel directivo?

El mismo juicio procede frente a las causales que tienen como consecuencia una inhabilidad por 3 o de 5 años. 3 años aplica por la reiteración de multas e incumplimientos; y 5 años por motivos diversos, como: declaratoria de caducidad, celebrar un contrato estando inhabilitado, ser sancionado con destitución, abstenerse de suscribir un contrato adjudicado, entre otras. Es decir, tanto la consecuencia de 5 como la de 3 años surgen por haber incurrido en actuaciones indebidas, pero la última no surge necesariamente por una actuación voluntaria y consciente del contratista, así que la diferencia de 2 años, en comparación con las causales de 5 años, se puede considerar proporcional o justificada.

En cuanto a las causales que tienen una consecuencia de 10 años de inhabilidad, surge una duda en cuanto a la proporcionalidad, por cuestiones de igualdad del artículo 58, numeral 6, de la Ley 80, pues establece la inhabilidad para la persona jurídica representada por una natural a quien se le hubiera proferido medida de aseguramiento como consecuencia de hechos u omisiones imputadas en relación con la actuación contractual, pero para la persona condenada la inhabilidad se mantiene durante la medida de aseguramiento. En ese sentido, si la misma causa conllevó la configuración de la inhabilidad ¿por qué el legislador estableció un trato diferencial? El numeral solo podría ser proporcional

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

en la medida en que la pena que se impute al sujeto que representaba a la persona jurídica de derecho privado sea mínimo de 10 años, pues no es proporcional que a la persona jurídica se le imponga una sanción de 10 años y al sujeto que provocó la inhabilidad se le imponga un término menor.

Por último, a pesar de que las conductas del último grupo de inhabilidades e incompatibilidades —las sometidas a condición— varían demasiado, se podría aludir a una igualdad en el sentido de que todas someten la consecuencia temporal a la terminación del hecho generador de la inhabilidad. En ese sentido, los términos de comparación son la relación entre un hecho determinado que generó la inhabilidad y su necesaria culminación para que desaparezca. Se trata de un elemento común a todas las causales del tercer grupo, y en realidad no tiene mayor variación para considerar que no existe proporcionalidad.

Bibliografía

Doctrina

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 1138.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias 1212 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-887 DE 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-652 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy. Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-353 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio. Palacio.

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-630 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

