

ASPECTOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. El Estado a lo largo de los años ha intentado combatir la corrupción y las malas prácticas en los procedimientos de contratación, así que, con el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades se limita la capacidad contractual de determinados sujetos que podrían incurrir en estas malas prácticas. Para abarcar lo correspondiente a este régimen, se estudian los conceptos de «inhabilidad» e «incompatibilidad», sus fundamentos jurídicos, su relación con la capacidad contractual, sus finalidades y la reserva de ley que caracteriza a este régimen.

Introducción

En esta ocasión el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— se ocupa de la *teoría general de las inhabilidades e incompatibilidades* en la contratación estatal. En principio, para entender y abarcar con precisión el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades es necesario desarrollar los siguientes aspectos: *i)* la noción de «inhabilidad» e «incompatibilidad» en el régimen contractual; *ii)* los fundamentos jurídicos y prácticos de la creación de las inhabilidades e incompatibilidades; *iii)* la relación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades con la capacidad para contratar con el Estado; *iv)* las finalidades de estas figuras, y *v)* su reserva de ley.

1. Noción de «inhabilidades» e «incompatibilidades» en la contratación estatal

Respecto a la noción o el concepto de inhabilidades e incompatibilidades, en términos generales se perciben como prohibiciones, es decir, como impedimentos que tienen ciertas personas para celebrar contratos con entidades estatales. Sin

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 30 de enero 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 Asesor Cristián Andrés Díaz Díez 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 I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

embargo, es necesario ser lo suficientemente precisos con términos como lo son «prohibiciones» o «impedimentos».

En lo que respecta a los «impedimentos», es necesario mencionar que esta palabra, en el Derecho Administrativo, se interpreta de diversas maneras. Una interpretación aplica cuando la imparcialidad que debe caracterizar a un servidor público o a una autoridad está en riesgo debido a que el funcionario tiene algún tipo de interés en el asunto particular sobre el que debe decidir. Ese tipo de situaciones se denominan «conflictos de intereses» y se encuentran reguladas, de la siguiente manera, en el artículo 40 del Código Disciplinario Único:

«Artículo 40. *Conflicto de intereses.* Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en su asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios o de derecho.

»Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido»

Adicionalmente, los artículos 11 y 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA— regulan otros aspectos concernientes a los conflictos de interés. Así que, es necesario tener en cuenta que en el derecho administrativo existe una noción y un régimen especial de la figura denominada «impedimentos» y que definitivamente no es lo mismo que el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades.

La única similitud entre estos dos regímenes se da en virtud de las relaciones de parentesco, pues con base en ellas se configura uno de los supuestos que dan lugar a una inhabilidad, pero también por relaciones de parentesco un servidor público tiene la obligación de declararse impedido. No obstante, a pesar de dicha similitud son regímenes diferentes, con la salvedad de que no siempre que haya parentesco significa una inhabilidad o una incompatibilidad.

Frente al término «prohibiciones» también es necesario hacer salvedades, debido a que es un concepto bastante amplio y, por tanto, no todas las prohibiciones pueden considerarse inhabilidades o incompatibilidades. Pero dentro del grupo de las «prohibiciones», en términos generales es posible encontrar algunos causales de inhabilidades e incompatibilidades. En otras palabras, las inhabilidades e incompatibilidades sí se pueden considerar prohibiciones, ya que consisten en restricciones o en disposiciones normativas que impiden contratar con el Estado, ahora bien, no todas las prohibiciones son inhabilidades o incompatibilidades.

Hechas las precisiones, es necesario analizar si entre los términos «inhabilidad» e «incompatibilidad» existe alguna diferencia, o si por el contrario se pueden utilizar de manera indistinta. La Real Academia Española —RAE— entiende por *inhabilidad* la falta de habilidad, talento o instrucción o el defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo y oficio³, y por *impedimento*, según la RAE, se debe entender aquel «impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez»⁴.

A pesar de la distinción anterior la doctrina cuenta con diversas posturas. De un lado se encuentra Dávila, quien afirma que el hecho de que el legislador emplee tanto la palabra «inhabilidad» como la palabra «incompatibilidad» en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— lleva a pensar que son palabras que expresan ideas diferentes y que por tanto los efectos de aquellas también son distintos. No obstante, Dávila considera que «[...] se trata dos conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas [...]», además que «[...] ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se generan para una y otra son exactamente los mismos»⁵.

Como contrapartida, se encuentran posiciones como las de José Luis Benavides y Juan Ángel Palacio, quienes se inclinan por la postura que defiende la existencia de claras diferencias entre las inhabilidades e incompatibilidades. Por ejemplo, Benavides⁶ menciona que sí hay diferencias entre esas dos nociones, respaldadas por la jurisprudencia.

Dicho respaldo, en primer lugar, se encuentra en la Sentencia C-489 de 1996 en la cual se definió a la «inhabilidad» como «la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales»⁷. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado también acogió una noción de «inhabilidad», en este caso la mencionó como

«[...] los impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público,

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 19 de enero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/inhabilidad>

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 19 de enero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/incompatibilidad?m=form>

⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 ed. Colombia: LEGIS, 2016. P. 148.

⁶ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 278.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

en razón de intereses personales o por la ausencia de la calidad para el ejercicio del cargo»⁸.

Con base en esas nociones de «inhabilidad» que brinda la jurisprudencia, Benavides menciona como ejemplo, entre otros, el literal c) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según el cual son inhábiles para contratar con el Estado quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. La administración sanciona con la declaración de caducidad del contrato cuando se incumplen las obligaciones contractuales. El artículo *ibidem* contempla varias causales de inhabilidad, pero dichas causales se analizarán a profundidad en próximas sesiones del CEDA.

Y en cuanto a la noción de «incompatibilidad», el mismo concepto la define como «las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo»⁹.

Con base en esta noción, Benavides considera que se encuentran en situación de incompatibilidad para contratar con el Estado: los servidores públicos, los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso y también 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. Lo anterior con base en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, sin embargo, en este escrito no se abordan con profundidad las causales de incompatibilidad debido a que estas se analizarán en sesiones posteriores del CEDA.

Otro autor que defiende esta posición es Juan Ángel Palacio, pues según él, independientemente de que la Ley 80 de 1993 regule en una misma norma —artículo 8— las inhabilidades y las incompatibilidades, otorgándoles el mismo alcance, estas figuras son de naturaleza diferente. El argumento más fuerte que brinda para defender su tesis es la exposición de motivos de la Ley 80, pues allí se dividen las circunstancias:

«[...] en aquellas que dan lugar a inhabilidad para contratar y las que originan incompatibilidad, las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impide la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

⁹ *Ibidem*.

relativas a la incompatibilidad se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad [...] en razón a las vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés»¹⁰

Palacio considera que la postura de la unificación de los conceptos «inhabilidad» e «incompatibilidad» es una apreciación equivocada. Pues la incompatibilidad, por ejemplo, se enfoca en la simultaneidad de actividades, estas no se permiten para así evitar la existencia de intereses mientras el funcionario desempeña determinado cargo o función, por tanto, no se le permite participar a la vez en un procedimiento de contratación¹¹.

A pesar de las diferencias mencionadas, es posible mencionar un *elemento común* entre estos dos conceptos, este es la necesidad de que la circunstancia que generó la inhabilidad o la incompatibilidad sea preexistente. Es decir que, tanto en casos de incursión en comportamientos prohibidos como en los vínculos de consanguinidad, esas situaciones deben ser previas a la generación de la inhabilidad o de la incompatibilidad. En este aspecto es válido mencionar el tema de las «inhabilidades sobrevinientes», sin embargo, también se trabajará en sesiones posteriores del CEDA.

En síntesis, en la doctrina existen varias posturas en lo que respecta al concepto de «inhabilidades» e «incompatibilidades». Una de ellas, como la de Dávila, considera estas figuras como iguales, en virtud de sus efectos jurídicos. La postura contraria, y mayoritaria defiende la idea de que hay distinción, pues la inhabilidad se concibe como una consecuencia de un comportamiento previo, que puede ser o no una consecuencia sancionatoria; mientras que la incompatibilidad se define como una prohibición para ejercer dos cosas al mismo tiempo.

Se dice que puede ser o no una consecuencia sancionatoria debido a que no todas las inhabilidades provienen de un supuesto sancionatorio. Es decir, que a pesar de que la mayoría de las causales de inhabilidad son una consecuencia sancionatoria de un comportamiento prohibido por la ley o la Constitución, como es el caso de la declaratoria de caducidad como consecuencia frente al incumplimiento de un contrato, también hay casos de inhabilidad que no provienen de sanciones sino de otras circunstancias como los vínculos sanguíneos o civiles.

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992. [Consultado el 27 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

¹¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. P. 122.

Se podría pensar que las prohibiciones de contratar con el Estado por vínculos consanguíneos o civiles es una incompatibilidad, pero esto no es así debido a que una incompatibilidad se basa en una conjunción de actividades y en el caso de estos vínculos no se están ejerciendo dos actividades con el Estado al mismo tiempo, sino que en virtud de un vínculo preexistente surge una prohibición.

2. Fundamentos jurídicos de la creación de las «inhabilidades» e «incompatibilidades»

En cuanto a los fundamentos jurídicos de la creación de inhabilidades e incompatibilidades, en primer lugar se deben mencionar los artículos 1º y 2º de la Constitución Política. El artículo 1º establece que debe prevalecer el interés general como uno de los principios fundamentales del Estado y el artículo 2º consagra los fines esenciales del Estado. Según la Corte Constitucional, disposiciones como las del artículo 8º de la Ley 80 de 1993: «[...] tienen como finalidad específica proteger la destinación de los dineros públicos, los cuales son el fundamento de la actividad del Estado para poder cumplir con el mandato constitucional consagrado en el artículo 1º»¹²

En segundo lugar, se encuentran los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política. El artículo 6 consagra la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos, siendo estos últimos responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y también por omisión o *extralimitación* en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el artículo 121 establece que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución o la ley. Y el artículo 123 recalca que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, por tanto, deben ejercer sus funciones en la forma que está prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Las anteriores disposiciones consagran el principio de legalidad o de sujeción integral al ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, cabe mencionar el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, que regulan los principios de la función administrativa. De los principios que allí se mencionan los más relevantes, como fundamento jurídico de la creación de inhabilidades e incompatibilidades, son la igualdad, moralidad, imparcialidad y transparencia.

En cuarto lugar, está el artículo 3º numeral 5 de la Ley 1437 de 2011, que contempla la obligación en virtud del principio de moralidad que tienen todas las

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

personas y los servidores públicos de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

Por último, se debe aludir a la remisión contenida en los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007. El artículo 13 se ocupa de los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al EGCAP, allí se establece que las entidades exceptuada deben estar sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Y el artículo 14, por su parte, desarrolla lo referente al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, y establece que también se deben someter al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

3. Relación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades con la capacidad para contratar con el Estado

Para estudiar la relación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades con la capacidad para contratar con el Estado, es dado mencionar, en primer lugar, la Sentencia C-489 de 1996. En ella se afirmó que «las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales [...]»¹³, así que es una limitación a esa capacidad para contratar que, por regla general, se le reconoce a las personas naturales y jurídicas.

Esas limitaciones, según la Corte Constitucional, se fundamentan en la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisitos del sujeto, lo cual lo incapacita para ser parte en una relación contractual con entidades estatales. Y a su vez, esa incapacidad surge debido a que los altos intereses públicos de esas relaciones contractuales exigen criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Adicionalmente, la Sentencia C – 178 de 1996, establece que: «[...] no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incurso en causales de inhabilidad o de incompatibilidad»¹⁴.

Así que, la Corte Constitucional afirma que las inhabilidades y las incompatibilidades constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 178 del 29 de abril de 1996. Exp. 974. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

libertad de un contratista para acceder a la contratación¹⁵. Por su parte, Muñoz afirma que las condiciones para contratar con el sector público son: la capacidad de obrar, las relativas a la solvencia y la exigencia de clasificación¹⁶. Según esa clasificación de las condiciones para contratar, se entendería que las inhabilidades e incompatibilidades afectan la capacidad de obrar.

Debido a la importancia de los fines que persigue la contratación estatal, el ordenamiento jurídico crea las inhabilidades e incompatibilidades para que actúen como restricciones a la capacidad contractual, pues de esta manera se controla quiénes pueden contratar con el Estado y se evitan graves desviaciones frente a los fines que persigue la contratación. En ese sentido, frente al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades y la capacidad para contratar, en la doctrina se evidencian dos posturas: una considera que no todo en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es una consecuencia sancionatoria; la otra se puede englobar en lo que se denomina «tendencia neo-punitiva».

Esa «tendencia neo-punitiva» de inhabilidades e incompatibilidades, según Barreto y Pulido, se refleja en la inclinación que ha tenido el legislador en los últimos años de introducir consecuencias sancionatorias en este régimen. Es claro que las figuras objeto de estudio son limitaciones a la capacidad para contratar. En ese sentido:

«[...] las inhabilidades forman parte de las reglas secundarias que deben cumplirse para la validez de los contratos estatales. Sin embargo, la historia legislativa reciente muestra que las inhabilidades e incompatibilidades son empleadas, además, como estrategia sancionatoria.

»Existen diferentes causas de este giro sancionatorio, entre ellas, instrucciones provenientes de organismos internacionales para radicalizar la lucha anticorrupción y la tendencia neopunitiva de gran impacto en nuestro medio»¹⁷.

Es decir, que en los últimos años el régimen de las inhabilidades y las incompatibilidades se ha venido fortaleciendo con consecuencias sancionatorias para reaccionar frente a los fenómenos de corrupción característicos de nuestra sociedad. Sin embargo, como ya se mencionó, no todas las inhabilidades e

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2ª ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018. P. 216.

¹⁷ BARRETO MORENO, Antonio y PULIDO ORTIZ, Fabio. El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En: Revistas jurídicas. Bogotá: 2019. P. 67.

incompatibilidades son consecuencias de supuestos sancionatorios, y es esa la otra postura frente a este régimen y la manera como afecta la capacidad contractual.

En todo caso, cuando se está incurrido en una causal de inhabilidad e incompatibilidad se limita la capacidad para contratar con el Estado, pero se debe analizar el caso en concreto para determinar si se está o no bajo una inhabilidad de carácter sancionatorio. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las limitaciones a la capacidad contractual pueden ser absolutas o relativas, y esto también depende de la causal que generó la inhabilidad.

4. Finalidades del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Una de las finalidades más importantes en cuanto a la creación de las inhabilidades e incompatibilidades, según Dávila, recae en «evitar los favorecimientos, el nepotismo, el tráfico de influencias [...]», pues el régimen en cuestión se fundamenta en «tutelar la rectitud en el ejercicio de la función contractual del Estado»¹⁸. Por tal motivo, la ley le prohíbe a ciertas personas contratar con el Estado, y lo hace en virtud de vínculos de parentesco o comerciales con los servidores públicos encargados de la toma de decisiones.

Otra postura es la de Benavides, quien menciona tres aspectos referentes a las finalidades de el régimen en cuestión. Uno de esos aspectos es *la transparencia*. Según la Corte Constitucional, mecanismos como las inhabilidades y las incompatibilidades buscan, principalmente, lograr una mayor transparencia en la celebración y ejecución de los contratos¹⁹.

El segundo aspecto que menciona Benavides frente a las finalidades del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es *la eficacia*. Según este autor, es una finalidad que se relaciona con la preocupación de separar a los candidatos que, debido a comportamientos previos o por su situación específica no garantizan el buen funcionamiento de la gestión contractual²⁰.

Un tercer y último aspecto está relacionado con los eventos en los cuales las inhabilidades son consecuencia de una sanción. Como ya se mencionó, un ejemplo de esta finalidad es cuando un contratista sin justa causa se abstiene de celebrar un contrato. Esto da lugar a la declaratoria de caducidad y por tanto a una inhabilidad para contratar²¹.

¹⁸ Op. Cit., p. 147.

¹⁹ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 280.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 281.

En conclusión, y como lo afirma la Sentencia C-489 de 1996²², la consagración de la inhabilidades e incompatibilidades obedece tanto a razones éticas como a razones vinculadas con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa. Por tal motivo, autores como Dávila consideran que las inhabilidades e incompatibilidades son «prohibiciones que se inspiran en un fin moralizador»²³. Todo está relacionado con el cumplimiento de los fines del Estado y los principios de la función administrativa.

5. Reserva de ley del Régimen

Para llegar al análisis de la reserva de ley del régimen de inhabilidades e incompatibilidades fue necesario preguntarse: ¿qué normas pueden crear inhabilidades e incompatibilidades? Así que, con base en ese cuestionamiento, se llegó a la afirmación de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene reserva de ley, y esto, en parte, debido a que dicho régimen puede conllevar la aplicación de sanciones que se ven reflejadas en la restricción a la capacidad, es decir en la restricción a un derecho, y por tal motivo en el régimen objeto de estudio debe regir el principio de legalidad en sentido estricto.

Debido a que las inhabilidades e incompatibilidades son normas prohibitivas o establecen limitaciones frente a ciertos derechos, es necesario que se interpreten en un sentido restrictivo. El Consejo de Estado señaló que «[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas»²⁴. Este es un principio que se fundamenta en el artículo 6° de la Constitución Política de 1991, y expresa que los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, la jurisprudencia, de manera uniforme, ha dicho que las inhabilidades e incompatibilidades tienen reserva de ley, aunque allí también está incluida la Constitución, pues algunas causales están contempladas allí directamente, como es el caso de la prohibición para los servidores públicos de celebrar contratos con el Estado. Así mismo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-098 de 2019, señaló que: «el legislador es el único facultado para desarrollar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o faltas de los

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²³ Opc. Cit., p. 147.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

servidores públicos [...] y no es posible trasladar esa competencia a ningún otro sujeto por tratarse de reserva de ley»²⁵.

Es decir, que solamente el legislador puede crear inhabilidades e incompatibilidades. Así que, ni por medio de reglamentos o pliegos de condiciones se podrían crear causales de inhabilidad e incompatibilidad. Esto en virtud del principio de tipicidad que también opera en el campo del derecho administrativo, pero no con la misma rigurosidad que en el derecho penal. Es necesario que se aplique de manera estricta dicho principio en el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, pues de no ser así pueden surgir problemas, como por ejemplo, que un reglamento —bien sea un decreto reglamentario del Presidente o un manual de contratación— se tome la libertad de crear una inhabilidad o una incompatibilidad.

Ese ejemplo se considera un problema debido a que los reglamentos son actos administrativos, y eso significa que cuentan con el atributo de la presunción de legalidad, por tal motivo esos actos administrativos se deben ejecutar, a menos que hayan sido anulados o suspendidos provisionalmente. Entonces, el dilema surge cuando, en un caso hipotético, una persona está interesada en contratar con una entidad estatal, pero dicha entidad, en su manual de contratación interno, creó una inhabilidad que no está contemplada en la ley y que afecta la capacidad del aspirante a contrar.

En principio, se podría pensar que esta persona no puede presentarse en el procedimiento de selección, debido a que el manual de contratación consagra esa causal de inhabilidad y por no haber sido anulado o suspendido se considera legal. Sin embargo, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto del 17 de febrero del 2020, señaló que:

«El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derecho para los administrado o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados»²⁶.

En virtud de lo anterior, una manual de contratación interno de una entidad estatal que consagre nuevas inhabilidades o incompatibilidades no está actuando conforme a la ley y no está respetando el principio de legalidad que fundamenta las

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 098 del 6 de marzo de 2019. Exp. 12245. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁶ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto del 17 de febrero del 2020. Rad. 20206000059871. [Consultado el 28 de enero de 2021]. Disponible en: <https://n9.cl/oqj92>

actuaciones administrativas y da garantías a los administrados. En ese sentido, la persona interesada en contratar con la entidad estatal del caso planteado sí podría presentarse al procedimiento de selección, esto debido a que el acto administrativo que consagró la nueva inhabilidad no cumple con los presupuestos esenciales para considerarse como tal.

Bibliografía

Doctrina

BARRETO MORENO, Antonio y PULIDO ORTIZ, Fabio. El carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En: Revistas jurídicas. Bogotá: 2019. P. 67.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 153-171.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 ed. Colombia: LEGIS, 2016. P. 922.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. 2ª ed. Madrid: AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2018.

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

Jurisprudencia

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 178 del 29 de abril de 1996. Exp. 974. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. Exp. 1264. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto del 17 de febrero del 2020. Rad. 20206000059871. [Consultado el 28 de enero de 2021]. Disponible en: <https://n9.cl/oqj92>

Cibergrafía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992. [Consultado el 27 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 19 de enero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/incompatibilidad?m=form>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 19 de enero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/inhabilidad>

