

CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene un fin moralizador, pues su objetivo se centra en dotar la actividad contractual de transparencia, objetividad y eficiencia. Esta pretensión se consolida, especialmente, en el establecimiento de «consecuencias gravosas» por su violación, las cuales varían según el sujeto, la etapa o el objeto que se estudie. En el caso del servidor público destacan las consecuencias penales, disciplinarias y pecuniarias; en el proceso de selección se encuentra la imposibilidad de adjudicar o el deber de revocar; y en el contrato resalta la causal de nulidad absoluta por violación de la Ley y la Constitución Política.

Introducción

El régimen de inhabilidades y de incompatibilidades cualifica la capacidad jurídica en la contratación pública, y la distingue de la regulada en el derecho privado. Entre sus finalidades se encuentran proteger el patrimonio público; dotar el procedimiento contractual de actos morales, transparentes, imparciales y objetivos; fortalecer la confianza del ciudadano y consolidar la eficiencia en la gestión. Estos son los «bienes jurídicos protegidos» que fundamentan la creación de consecuencias perjudiciales ante el desconocimiento o violación de dicho régimen, y que justifican que el derecho ejerza su fuerza coercitiva para imponer una conducta.

A continuación, se estudian las consecuencias de violación el régimen de inhabilidades y de incompatibilidades, es decir, los efectos jurídicos derivados de su desconocimiento. Para ello se propone la siguiente estructura: *i)* identificar y problematizar las consecuencias penales, disciplinarias y pecuniarias en contra del servidor público que lo desconoce, *ii)* destacar la discontinuidad del procedimiento de selección y proponer alternativas luego de una eventual

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de febrero 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 V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

adjudicación irregular, y *iii*) evaluar la validez del contrato ante una violación de estas disposiciones legales y constitucionales.

1. Consecuencias de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades respecto del servidor público

El ordenamiento jurídico distingue la contratación pública de la contratación privada, de ahí que los procedimientos y las exigencias no sean exactamente iguales. Así sucede con los sujetos que actúan en estos escenarios: el servidor público que contrata un bien o un servicio no se equipara al particular que lo hace para sí o para otros, pues aunque la finalidad sea la misma —satisfacer una necesidad—, y su participación en el mercado esté sujeta a la oferta y a la demanda, el marco normativo es distinto y las consecuencias de su eventual incumplimiento también.

La existencia de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades evidencia esta situación. Cuando un particular contrata con otro no debe tener reflexiones más allá de reflejar su voluntad —o la de un tercero—, y tener una contraparte que tenga capacidad jurídica, en los términos de los artículos 1502 y siguientes del Código Civil. Si desconoce estas prescripciones, el negocio jurídico estaría viciado de nulidad, pero no existirían sanciones en su contra, más allá de eventuales problemas personales a causa del detrimento al patrimonio de un tercero.

A diferencia de lo anterior, cuando un servidor público celebra un negocio jurídico debe verificar que la otra parte —eventual contratista— sea capaz en los términos legales —Código Civil y Código de Comercio— y que, además, no se encuentre incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad. Desconocer este régimen no solo produce efectos nocivos para el contrato —como se estudiará en un acápite posterior—, sino que también deriva en consecuencias penales, disciplinarias y pecuniarias para el servidor mismo. En efecto, la actividad del Estado está sujeta a vigilancia y control, por lo que a quienes la ejercen se les exige un comportamiento ético y legal al administrar recursos que le pertenecen a todos³.

En materia penal, el Título XV de la Ley 599 del 2000 prescribe los «delitos contra la Administración Pública», es decir, contempla una serie de tipos penales cuyo sujeto pasivo es el Estado, y el sujeto activo es el servidor público⁴. El

³ El artículo 51 de la Ley 80 de 1993 prescribe que: «el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley».

⁴ Entre otros delitos cometidos por servidores públicos se encuentran el peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato y el abuso de autoridad.

artículo 408 *ibidem* se enmarca en el Capítulo IV, denominado «de la celebración indebida de contratos». La disposición prescribe que el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la *tramitación, aprobación o celebración* de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de 64 a 216 meses, multa de 66.6 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 6 de marzo de 2008, precisó que: *i)* el sujeto activo de este tipo penal es cualificado, en la medida en que exige que un servidor público en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato. En ese orden, podrá serlo quien lo *tramita, controla, asesora o firma*, es decir, los servidores públicos que participan en el procedimiento de contratación —que por regla general es desconcentrado—, *ii)* de conformidad con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, los contratistas, los consultores y los asesores también podrán ser sujetos activos del tipo penal, *iii)* el sujeto pasivo es el Estado, es decir, el bien jurídico tutelado es la Administración pública, *iv)* el objeto material es el contrato celebrado de forma indebida, y el objeto jurídico es el interés del Estado de conservar la transparencia de los funcionarios públicos en el proceso contractual, para erradicar intereses particulares; suprimir la corrupción y mantener la confianza, la imagen y el respeto de la Administración ante la comunidad y *v)* la conducta es compleja, toda vez que exige que el agente intervenga en las etapas de trámite, aprobación o celebración del contrato, pero además requiere que lo haga con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁵.

Para cuestionar el tipo penal descrito se destacan los verbos rectores: «tramitar», «aprobar» y «celebrar». En los tres se observa un alcance considerablemente alto, pues comprende cualquier actividad de la gestión contractual, previa a la ejecución y liquidación del negocio jurídico. La Corte Suprema de Justicia señala que la «tramitación» refiere a la etapa previa de selección del contratista; y la aprobación y la celebración a las instancias recorridas entre el perfeccionamiento y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución⁶.

Igualmente, en un sentido semántico, el Diccionario de la Lengua Española define «tramitar» como «hacer pasar un negocio por los trámites debidos»; «aprobar» como «calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien», «declarar hábil y competente a alguien» y «justificar la certeza de un hecho», y «celebrar»

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Exp. 24.606. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

⁶ *Ibid.*

como «realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere». Así, cualquier servidor público que hubiera participado en el procedimiento contractual estaría vinculado a una investigación penal, ante la celebración indebida de un contrato. Esa es la interpretación que se ha acogido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Incluso la Fiscalía General de la Nación ha sostenido que el término «intervenir» permite una valoración amplia de la conducta, y no se restringe a quien finalmente es visible en el proceso de contratación —es decir, el representante legal—, sino que involucra a todos quienes de alguna forma participaron en el procedimiento⁷.

De esta forma, si un contrato se celebra con una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, el órgano acusatorio deberá investigar a todo el que participó en su trámite, en su aprobación y en su celebración, es decir, al representante legal o al director de la entidad, al supervisor o al interventor del contrato, al comité evaluador, al área financiera de la entidad que intervino en la etapa precontractual, al grupo que elaboró los estudios previos o estudios técnicos requeridos, al área que originó la contratación al justificar una necesidad, al equipo de sistemas encargado de publicar los documentos en el SECOP, entre otros.

Lo anterior resulta cuestionable, en la medida en que este tipo penal incluye la participación de varios servidores públicos que no tienen que ver directamente con la elección del contratista, pero que en sus funciones sí se encuentra contribuir a la continuidad del procedimiento. Por ejemplo, el funcionario encargado de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en un procedimiento contractual, si bien cumple un trámite necesario para la continuidad del negocio, no tiene el deber jurídico de verificar si el destinatario de esos recursos se encuentra incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad.

En esa medida, el alcance de esta disposición debería referirse a quienes intervienen directamente en la contratación de una persona inhábil o que tenga una incompatibilidad para contratar con el Estado. Además, recuérdese que se trata de un tipo penal en blanco, es decir, el supuesto de hecho se encuentra desarrollado, total o parcialmente, por una norma de carácter extrapenal⁸, de ahí que su interpretación se sujete a las causales de inhabilidades e incompatibilidades dispuestas en la Constitución Política y en la ley, pero

⁷ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Tipologías de corrupción en Colombia. Fiscales unidos por la transparencia y la integridad. Celebración indebida de contratos. Tomo III. Bogotá: Unidos contra la corrupción [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

también a lo regulado en el Decreto 1082 de 2015 sobre el rol de cada funcionario respecto del procedimiento contractual.

Ahora bien, las sanciones por violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se agotan en el derecho penal. El artículo 54 de la Ley 1952 de 2019, «por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario», enlista 7 faltas relacionadas con la contratación pública. Esta disposición hace parte del Libro II, Título único y Capítulo I, denominado «faltas gravísimas», lo cual destaca en la medida en que es la categoría más reprochable en la legislación disciplinaria.

En cuanto a la consecuencia, el artículo 48 *ibidem* las clasifica dependiendo del elemento subjetivo. La falta gravísima cometida con dolo genera destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años; la falta gravísima realizada con culpa gravísima da lugar a destitución e inhabilidad general de 5 a 10 años y la falta gravísima efectuada con culpa grave propicia suspensión en el ejercicio del cargo de 3 a 48 meses, e inhabilidad especial por el mismo término.

En la materia, el artículo 48, numeral 2, *ibidem* señala como falta disciplinaria el intervenir en la *tramitación, aprobación, celebración o ejecución* de un contrato estatal con una persona que esté incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley o en la Constitución Política. En contraste con la legislación penal, se introduce un nuevo verbo rector: «ejecutar», de manera que el ámbito punitivo se expande, pues el alcance no solo es amplio por los servidores que participan en las actividades que encajan en los tres verbos analizados, sino también en uno nuevo, que se traduce en otra actividad de carácter general.

Antes de la Ley 1952 de 2019 —que entrará en vigencia el 1 de julio de 2021— el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 —Código Disciplinario Único— definió la «falta disciplinaria» como aquella que se origina en cualquiera de las conductas o de los comportamientos que conllevan al incumplimiento de deberes, a la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones y a la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, y que, en consecuencia, da lugar a la acción e imposición de una sanción. En los mismos términos se conservó esta disposición en el nuevo Código General Disciplinario⁹.

⁹ El artículo 26 de la Ley 1952 de 2019 establece que: «Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley».

El artículo 48 *ibidem* enlistó aproximadamente 65 faltas gravísimas, de las cuales destaca la del numeral 17, que prescribe: «actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales», y la del numeral 30 que dispone —en términos idénticos a la nueva legislación— que es una falta gravísima intervenir en la *tramitación, aprobación, celebración o ejecución* de un contrato estatal con una persona que esté incurso en alguna causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución Política o en la ley.

Para Luis Guillermo Dávila Vinueza, los efectos sancionatorios que se derivan de la celebración de un contrato con una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad se aplican, siempre y cuando la conducta haya sido cometida a título subjetivo de dolo o culpa grave, o conociendo la irregularidad. Al ejemplificar su posición sostiene que cuando un servidor público contrata con una persona que durante la ejecución del contrato se «convierte» en su hermano —por el reconocimiento de paternidad realizado en un testamento— no incurre en una falta disciplinaria, a no ser que, una vez conocido el hecho, no termine el contrato¹⁰.

Este supuesto permite destacar nuevamente la diferencia entre los verbos rectores de la disposición penal y la disciplinaria. En el régimen penal se sanciona al servidor público que tramite, apruebe o celebre un contrato con una persona incapaz para actuar por estar incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad; mientras que el disciplinario reprocha, además, que ejecute el negocio jurídico. De esta forma, si celebrado el contrato se configura una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, y el servidor público no lo termina y en su lugar permite su ejecución, sería responsable disciplinariamente, mas no penalmente. No se podría extender el supuesto de hecho de la falta disciplinaria a la acción penal, pues se estaría violando el deber de tipicidad de las conductas reprochables.

Así las cosas, se trata de dos regímenes distintos, aunque su origen —causales de inhabilidades e incompatibilidades— y su fundamento —potestad sancionadora del Estado— sean los mismos. Sobre este particular, en la Sentencia C-708 de 2001, la Corte Constitucional sostuvo que dicha potestad del Estado le permite cumplir diferentes finalidades de interés general. «Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona». Además, «el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de

¹⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2° ed. Bogotá: Legis. 2003, p. 157.

asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública»¹¹. En cuanto a la tipicidad, resaltó el deber de concretar la prescripción correspondiente, de forma que tenga una definición clara, precisa y suficiente sobre la conducta o el comportamiento ilícito.

Ahora bien, otra consecuencia de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encuentra en el régimen fiscal. El artículo 1 de la Ley 610 del 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas que adelanta la contraloría con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que —en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta— causen por acción u omisión, y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

En la Sentencia C-077 de 2007, la Corte Constitucional precisó que este procedimiento: *i)* es de naturaleza administrativa, pues se orienta a establecer la responsabilidad de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. A diferencia de las disposiciones analizadas previamente —del derecho penal y del derecho disciplinario—, el sujeto activo de este régimen no solo es el servidor público, sino también el particular; *ii)* es de naturaleza patrimonial, por lo que el culpable debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria; *iii)* no tiene un carácter sancionatorio, por lo que su consecuencia es independiente y autónoma del régimen penal y disciplinario y *iv)* está regido por el debido proceso, por lo que allí también se protegen las garantías sustanciales y procesales¹².

Pese a que no se encuentra una disposición en el régimen fiscal que tipifique y describa los efectos de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no la excluye. Además, como esta responsabilidad se da en razón del daño al patrimonio del Estado en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal, eventualmente la celebración indebida de un contrato, al desconocer el régimen discutido, derivaría en un detrimento patrimonial, más aún cuando las actividades contractuales se enmarcan en la definición de gestión fiscal.

El artículo 3 *ibidem* define «gestión fiscal» como las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, realizadas por los servidores públicos y los particulares que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la «adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-708 del 5 de julio de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-077 del 7 de febrero de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado».

En la Sentencia SU-620 de 1996, la Corte Constitucional sostuvo que el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa que un servidor público o un particular debe asumir las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa¹³. En esa medida, como se señaló, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades supone la administración defectuosa de los recursos públicos, por lo que, eventualmente, podría derivar en un procedimiento de responsabilidad fiscal.

2. Efectos en el procedimiento de selección de vulnerar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades no solo tiene efectos negativos sobre el servidor público, sino también sobre el procedimiento de selección. La consecuencia depende de la etapa, y no necesariamente radica en una sanción, sino en un deber jurídico de realizar una actuación específica. En un primer escenario, cuando un interesado en contratar con el Estado se encuentra incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, tiene el deber jurídico de abstenerse de presentar una propuesta en un procedimiento de selección: pero si pese a ello decide hacerlo, por un lado, incurrirá en una inhabilidad adicional, según el artículo 8, numeral 1, literal b, de la Ley 80 de 1993¹⁴, y por otro, el servidor público —la entidad— tiene el deber jurídico de rechazarlo.

En la Sentencia del 14 de marzo de 2013, el Consejo de Estado sostuvo que la entidad estatal contratante solo puede rechazar o excluir una propuesta del procedimiento administrativo de selección cuando verifique la configuración de una o varias hipótesis. Para el análisis realizado, destaca la primera, esta es: cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades.
»1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos 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».

Política o en la ley¹⁵. Se trata de una circunstancia objetiva, que no se supedita a la discreción de la entidad.

A nivel legal, esta conclusión es la misma. El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 define los criterios habilitantes y aquellos que otorgan puntaje. Aunque resulta reiterativa la diferencia entre unos y otros, se tiene en cuenta que acreditar los primeros —habilitantes— es un requisito para la contratación, es decir, es un criterio mínimo para que un proponente sea declarado idóneo para ejecutar el objeto del contrato. La disposición enlista los siguientes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización. La ausencia de uno o varios inhabilita al proponente para ser contratista del Estado.

Como se ha señalado, el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades tiene efectos directos respecto de la capacidad jurídica. En la Sentencia C-489 de 1996, la Corte Constitucional afirmó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades modulaba la capacidad para celebrar contratos con la Administración. Igualmente, en las sentencias del 10 de febrero de 2011 y del 30 de enero de 2013, el Consejo de Estado sostuvo que las inhabilidades y las incompatibilidades crean impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de los cuales se limita la capacidad legal para ser proponente o contratista del Estado¹⁶. En esa medida, el interesado que sea inhábil o que tenga una incompatibilidad será incapaz en los términos de la capacidad jurídica del derecho contractual público.

En el segundo escenario, la entidad se entera que el adjudicatario está incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, es decir, finalizado el procedimiento de selección y proferido el acto de adjudicación se observa que el futuro contratista no puede ejecutar el negocio jurídico. En principio, podría celebrarse el contrato con el único propósito de terminarlo unilateralmente; no obstante, como se analizó, si se celebra un contrato con una persona incurso en una de estas causales, el servidor público tendría una sanción penal y una disciplinaria, de ahí que no resulte un camino apropiado. Además, no siempre se podrá utilizar la prerrogativa mencionada.

En consecuencia, se piensa en revocar el acto de adjudicación, lo cual también encuentra un obstáculo: el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 establece que este es irrevocable, por lo que obliga a la entidad y al adjudicatario. Para el

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25.151 y 25.152. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, esta garantía busca proteger la buena fe, la seguridad jurídica, los derechos que nacen de este acto administrativo y también la transparencia en la contratación estatal¹⁷. Ahora bien, la disposición mencionada continúa al señalar que «[...] si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado [...]». De esta forma, si se interpreta que la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades encaja en «medios ilegales», bien podría optarse por dicha opción —revocar el acto—, en cuyo caso el procedimiento de selección no satisfaría la necesidad esperada, es decir, contratar un bien o un servicio.

3. Consecuencias de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades respecto del contrato

Otra consecuencia de violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidad se predica del contrato. El supuesto se explicará modificando el ejemplo propuesto en el acápite anterior, de la siguiente forma: si la persona que resultó adjudicataria del procedimiento de selección suscribió el contrato con la entidad, es decir, celebró el negocio jurídico, no bastaría con la revocatoria del acto de adjudicación, pues existiría un acuerdo posterior y bilateral entre las partes que tendría efectos jurídicos.

Para este escenario, el ordenamiento jurídico tiene una consecuencia clara y considerablemente gravosa. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece las causales de nulidad absoluta del contrato. En los numerales 1 y 2 se dispuso que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, cuando: «1o. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley» y «2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal». Si bien el caso expuesto se subsume directamente en el numeral 1, también podría, en su ausencia, encontrar fundamento normativo en el numeral 2.

En la Sentencia C-415 de 1994, la Corte Constitucional reiteró que la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es una causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones, para lo cual añadió que el carácter taxativo y restrictivo del régimen y el de las correlativas nulidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública, de manera que implique el menor sacrificio posible al

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Exp. 25.750. C.P. Enrique Gil Botero.

derecho a la igualdad y al reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado¹⁸.

En la materia, Dávila Vinueza reitera que un contrato estatal celebrado con una persona con una inhabilidad o incompatibilidad estará viciado de nulidad absoluta, de conformidad con la Ley 80 de 1993. Añade que esta misma conclusión se deriva de la aplicación de las normas civiles, es decir, los artículos 1519 y 1523 del Código Civil¹⁹. Ahora, aunque la regulación en el derecho contractual público basta para declarar la nulidad absoluta del contrato, y se comparte la idea de que el contrato también sería nulo en el régimen privado, se discute si lo es de forma absoluta o relativa.

El artículo 1740 del Código Civil dispone que todo acto o contrato será nulo cuando le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe, por lo que la ausencia de capacidad jurídica —por estar incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades— derivaría en nulidad. Sin embargo, el artículo 1741 *ibidem* diferencia la nulidad absoluta de la relativa: la «absoluta» es aquella producida por un objeto o causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos o en el caso de contratos o actos celebrados por personas absolutamente incapaces; por su parte, la «relativa» incluye cualquier otro tipo de vicio.

Si se afirma que la violación del régimen analizado es una omisión de requisitos o formalidades que la ley prescribe, bien podrá declararse como una nulidad absoluta; sin embargo, si se asume que obedece a una falta de capacidad, se tendrá que remitir a lo regulado en el artículo 1504 *ibidem*. En esta disposición se diferencia la incapacidad absoluta de la relativa. En la «absoluta» no se encuentra un sujeto distinto a los impúberes, por lo que el defecto no causaría nulidad absoluta. Ahora, se recuerda que esta discusión no tiene efectos considerables, pues no tiene propósitos distintos a realizar un contraste teórico entre el régimen público y el privado.

Otro aspecto particular lo resalta Dávila Vinueza. Las nulidades son declaradas exclusivamente por el juez; sin embargo, la Ley 80 de 1993 permite que, cuando se trate de un contrato con una persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, el representante o jefe de la entidad advierta la irregularidad, por acto administrativo motivado, termine unilateralmente el contrato y ordene su liquidación²⁰. Esta facultad va más allá de las excepcionales

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. cit., p. 156.

²⁰ «Artículo 45. De la nulidad absoluta. [...] En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad

que regula el artículo 17 del EGCAP, donde se admite cierto juicio de valor acerca de la conveniencia de la medida —razones de interés público—, mientras que en este particular media una orden inexcusable. El ordenamiento jurídico privilegia la cesación inmediata de los efectos del vínculo contractual, aunque no medie pronunciamiento judicial sobre la nulidad, «[...] pero será en definitiva el juez el que declare la nulidad con las consecuencias que se deriven»²¹.

En sentido similar, Juan Ángel Palacio sostiene que la Administración no declara la nulidad del contrato cuando se celebre con una persona que esté inhabilitada o tenga una incompatibilidad; no obstante, el mecanismo administrativo para impedir la ejecución del contrato consiste en que el jefe o representante legal de la entidad termine el contrato. «Tal actuación, se repite, no implica la declaratoria de la nulidad del contrato, pero sí la cesación de sus efectos; si alguien tiene interés en que se declare la nulidad, puede acudir ante el juez del contrato a proponer la acción pertinente y derivar los efectos que pretende»²². Luego de reiterar el alcance de la potestad de la Administración, Palacio Hincapié cita a Garrido Falla para sostener que en el derecho español la «solución» es parecida, pero que es posible que se opte por la continuación del contrato, cuando de no hacerlo se generen perjuicios graves al interés público²³.

Finalmente, se plantea un supuesto de hecho adicional para destacar otro posible efecto derivado del desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El artículo 9 de la Ley 80 de 1993 dispone que si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciar a su ejecución. De esta forma, si la configuración de esta prohibición fuera posterior a la celebración del contrato, este no sería nulo en los términos del artículo 44 *ibidem*, pero debería cederse, más aún cuando la «ejecución» también es un verbo rector de las disposiciones sancionatorias analizadas.

Bibliografía

Doctrina

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

respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre».

²¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. cit., pp. 156 y 157.

²² PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S, 2020. p. 171.

²³ *Ibid.*, p. 116.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Legis. 1999.

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

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 620 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-077 del 7 de febrero de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Exp. 24.606. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25.151 y 25.152. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Exp. 25.750. C.P. Enrique Gil Botero.

Cibergrafía

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Tipologías de corrupción en Colombia. Fiscales unidos por la transparencia y la integridad. Celebración indebida de contratos. Tomo III. Bogotá: Unidos contra la corrupción [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>