

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES: ANTECEDENTES, FINALIDAD Y SUPUESTOS¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado pueden surgir en cualquier momento, esto implica una posible afectación o modificación a lo largo del procedimiento contractual. Pues si bien la inhabilidad o incompatibilidad puede sobrevenir en sujeto unipersonal o pluripersonal y en la etapa precontractual o contractual, las consecuencias jurídicas varían según el caso. En ese sentido, el presente escrito aborda lo relativo a los antecedentes normativos, finalidad, concepto y supuestos de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, en principio, reguladas mediante el artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

Introducción

En la misma línea del estudio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— se ocupa, en esta ocasión, de analizar y profundizar alrededor de la figura de las «inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes», la cual se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano mediante el artículo 9º de la Ley 80 de 1993. Este ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años y actualmente la disposición contiene 3 incisos y un parágrafo:

«Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

»Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 14 de agosto de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Richard 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—.

»Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

»Parágrafo 1º. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

»Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato».

A continuación, se estudian los antecedentes normativos de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, su finalidad, los supuestos que consagra la norma y algunos problemas afines.

1. Antecedentes normativos

Las inhabilidades sobrevinientes se implementaron en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, pues el anterior estatuto de contratación —Decreto Ley 222 de 1983— no regulaba el supuesto de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. El texto original de la Ley 80 de 1993 fue el que incluyó en el artículo 9º las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, y lo hizo bajo los siguientes supuestos: en primer lugar, en el caso de que la inhabilidad sobreviniera en el contratista, este debía ceder el contrato siempre y cuando hubiera previa autorización escrita de la entidad contratante, y en caso de que no fuera posible cederlo el contratista debía renunciar a su ejecución.

Un segundo escenario que contemplaba el texto original de la Ley 80 era el caso en el que la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniera en un proponente dentro de una licitación, se debía entender que él renunciaba a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Por otra parte, en caso de que la inhabilidad sobreviniera en uno de los miembros del consorcio o unión temporal, ese miembro debía ceder su participación a un tercero, también previa autorización escrita de la entidad contratante. Frente al anterior supuesto, la norma hacía la salvedad de que en ningún caso se podía permitir la cesión de contrato entre quienes integraran el consorcio o la unión temporal, varias de estas condiciones se mantienen.

Posteriormente, la Ley 1150 de 2007 introdujo un artículo relacionado con el tema de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. El artículo 9 estableció que a pesar de que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario, si dentro del plazo entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo sobreviene una incompatibilidad, la entidad contratante se encuentra facultada para revocar el acto de adjudicación y podrá aplicar lo previsto en la Ley 80, artículo 30, numeral 12, inciso final³. Dicha modificación, en criterio de Juan Ángel Palacio, fue un gran acierto, pues «[...] haber traído los efectos de la aparición de un hecho generador de incompatibilidad sobreviniente en el lapso comprendido entre el acto de adjudicación y la celebración del contrato, vacío que generaba [...] un contrasentido y que conduce a la revocatoria del acto de adjudicación»⁴.

La modificación que introdujo la Ley 1150 resolvió el problema relacionado con aquello que debía o podía hacer la entidad estatal cuando la incompatibilidad o la incompatibilidad sobreviniera en el sujeto una vez adjudicado el contrato, pero antes de haberlo celebrado. El origen del problema radicaba en que el sujeto ya contaba con ciertos derechos, pues ya era adjudicatario, no obstante, aun no era contratista, pues no se había llegado al momento de la celebración del contrato, así que se generaba un choque entre el derecho a la celebración del contrato en cabeza del adjudicatario y la prohibición para la entidad estatal de celebrar contratos con personas que se encontraran inhabilitadas, pues de hacerlo recaería en un supuesto penal. Cuestión que se resolvió con la «readjudicación del contrato», ya que no se permite ceder los derechos derivados del acto de adjudicación de un contrato antes de la suscripción del mismo:

«[...] lo que de allí se deriva es la potestad de la entidad estatal para “readjudicar” el contrato al oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad y no la posibilidad de admitir una forma de cesión del acto de adjudicación. Esta disposición introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una especie de “readjudicación” del contrato estatal, al dotar de competencia a la entidad estatal para revocar el acto administrativo de adjudicación y para “readjudicarlo” al oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad»⁵.

³ «Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

»12. [...] En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá contratar, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad».

⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8^a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. p. 169.

⁵ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. La cesión. 1^a ed. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 2015. p. 42.

Pero ¿qué sucede si sobre ese segundo adjudicatario también sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad? En virtud de la Ley 80, artículo 30, numeral 12, inciso 2º, «[...] la administración no puede ejercer nuevamente su potestad para “readjudicar”, sino que se impone el deber de declarar desierto el procedimiento de selección respectivo [...]»⁶, pues la norma aludida solo permite «[...] adjudicar al proponente ubicado en el segundo orden de elegibilidad y no sucesivamente»⁷. Así mismo, la entidad estatal también se encuentra en el deber de iniciar un nuevo procedimiento de selección en caso tal que no exista un oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad al cual readjudicarle el contrato.

Posteriormente, la Ley 2014 de 2019, artículo 6º, modificó el artículo 9º de la Ley 80 de 1993. Al parágrafo 2º, referente a la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente en proponentes, se reemplazó la expresión «dentro de una licitación» por la expresión «dentro de un proceso de selección»; lo que implicó repensar el margen de aplicación de la norma; este se amplió, pues antes se contemplaban las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes únicamente frente a las licitaciones, que terminan siendo una especie dentro del género «procesos de selección».

Así mismo, se adicionaron dos párrafos, el primero señaló que en los casos en los cuales la inhabilidad que sobreviniera fuera la del artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 —por comisión de delitos contra la administración pública, delitos o faltas de la Ley 1474 de 2011 o contempladas en tratados de lucha contra la corrupción—, o cuando administrativamente el contratista haya sido sancionado por actos de corrupción. Bajo ese supuesto no procederá la renuncia del contrato como lo señala el mismo artículo, sino que la entidad estatal debía ordenar mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin que hubiera lugar a indemnización al contratista inhábil. Adicionalmente, en el mismo parágrafo se estableció que para el caso de cesión, sería la entidad contratante la encargada de determinar el cessionario del contrato.

Por su parte, el parágrafo 2º establecía que el gobierno nacional debía reglamentar el procedimiento de la cesión del contrato y que debía hacerlo en un término no mayor a seis meses. Pero ese parágrafo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-037 de 2021. En esta sentencia se demandaron los párrafos 1º —parcial— y 2º —total— del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionados por el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019, así mismo, como el artículo 9A de la Ley 80, adicionado por el artículo 8º de la Ley 2014.

En cuanto a los cargos que se presentaron frente al parágrafo 1º —parcial—, se consideraba que las expresiones: «[...] sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil» y «para el caso será la entidad contratante la encargada de

⁶ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. Ibid., p. 43.

⁷ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. Ibid., p. 43.

determinar el cessionario del contrato», vulneraban el derecho a la propiedad privada —artículo 58 constitucional-, el principio de buena fe —artículo 83 constitucional—, derecho de libre asociación —artículo 38 constitucional— y los principios de transparencia, moralidad y selección objetiva —pues el demandante consideraba que la norma le permitiría a la entidad contratante escoger al nuevo contratista «a dedo»—. Sin embargo, los cargos presentados contra los apartes del parágrafo 1º carecían de los requisitos necesarios para que la Corte se pronunciará de fondo. No obstante, la corporación señaló que el demandante no tuvo en cuenta que, en todo caso, para la selección del nuevo contratista la entidad estatal no puede dejar de aplicar el principio de selección objetiva⁸.

Frente al parágrafo 2º, el demandante consideraba que era violatorio del artículo 150 superior, según el cual al legislativo le compete por regla general, desarrollar la Constitución y dictar normas con fuerza de ley, así que, el problema jurídico a desarrollar es: ¿tiene reserva de ley ordinaria la reglamentación del procedimiento de cesión contractual que prevé el artículo 9º de la Ley 80 de 1993? Lo primero que se debe tener en cuenta es que el procedimiento en cuestión —procedimiento de cesión del contrato— es un procedimiento administrativo especial, y la delegación en el ejecutivo para regular este tipo de procedimientos «solo puede ocurrir cuando el Ejecutivo lo faculta extraordinariamente para el efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 150 (numeral 10) superior»⁹, así mismo, la Corte Constitucional cita argumentos del Consejo de Estado, según los cuales «[...] mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la administración y el ciudadano

⁸ Los problemas jurídicos que se debían resolver en cuanto a los cargos presentados frente al primer parágrafo eran lo siguientes: *i)* «¿vulnera el derecho a la propiedad privada de los contratistas o los derechos económicos de los terceros de buena fe asociados a dichos contratistas, el que la cesión unilateral del contrato público prevista en el parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80 [...], proceda “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhabil?” y *ii)* «¿vulnera el derecho a la libre asociación o los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 superior el que el parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80, tal y como quedó luego de la expedida Ley 2014, prevea que el cessionario de la cesión unilateral a que dicho parágrafo refiere sea determinado por la entidad contratante?».

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. El citado artículo dispone lo siguiente: «Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

»[...] 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinaria, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

»El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

»Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20».

[...], y si la ley no regula estos mínimos procedimientos será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2º del CPACA, como norma supletoria para estos casos».¹⁰

Es importante recalcar que la selección del cesionario siempre se debe hacer conforme a la selección objetiva, de la cual hace parte el debido proceso. Y frente a este último —el debido proceso—, el artículo 29 constitucional señala que,

«[...] se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia “de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de los prescrito en la ley y en reglas especiales sobre el asunto en trámite»¹¹.

Aspecto que también encuentra respaldo en el artículo 3º, numeral 1º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual, «[e]n virtud del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la Ley [...]»¹² (cursiva fuera de texto). Así mismo, se respalda en precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional al establecer que «[...] todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley [...]»¹³. En ese sentido, la Corte manifiesta que «[...] el debido proceso se convierte en una manifestación del principio de legalidad», y finalmente, con base en los argumentos mencionados declara inexequible el parágrafo 2º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 2014 de 2019, artículo 6º.

Por su parte, el artículo 8º de la Ley 2014 de 2019 adicionó un artículo 9º A a la Ley 80 de 1993, según el cual, entre los efectos de la declaratoria de cesión unilateral del contrato, se encuentra el deber de la entidad que la haya declarado —una vez esté en firme el administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción—, de compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia. Como se mencionó, este artículo también fue demandado y la demanda fue resuelta en la Sentencia C-037 de 2021.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

»Artículo 2º. Ámbito de aplicación. [...]

»[...] Las autoridades sujetaran sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

El demandante exponía que este artículo 9^a conformaba unidad normativa con los párrafos 1º y 2º, en ese sentido, el problema jurídico por resolver era: ¿puede conformarse una unidad normativa entre los párrafos 1º y 2º del artículo 9º y el artículo 9A? Frente a lo cual, la Corte señaló que el contenido del artículo 9A está intrínsecamente relacionado con el párrafo 2º también demandado, y que podría tratarse de una integración normativa necesaria, ya que los efectos de la declaratoria que regula el artículo 9^a se predicen de una cesión contractual-estatal que solo está prevista en los párrafos ya mencionados. Sin embargo, debido a que la demanda no advertía un cargo constitucional concreto y directamente relacionado con el artículo 9A, la Corte no pudo pronunciarse al respecto y tuvo que declararse inhibida.

Así que, como se mencionó, la disposición vigente contiene 3 incisos y un párrafo. Pero ¿qué sucedía con las situaciones de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes antes de que hicieran parte del ordenamiento jurídico colombiano? ¿era posible que la administración derivara algún tipo de consecuencia producto de las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes? En realidad, frente a ese tipo de situaciones y si la Ley 80 de 1993 no hubiera traído la figura de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, la administración no podría hacer absolutamente nada, pues no se puede dejar de lado el hecho de que no es posible aplicar una ley inexistente, sin un fundamento normativo válido no se le permite a la administración generar ningún tipo de consecuencia para el contratista seleccionado. En otras palabras, bajo el supuesto de inexistencia del artículo 9º de la Ley 80 o cualquier regulación similar, en virtud del principio de legalidad, la entidad estatal tendría que permitirle al contratista continuar con la ejecución del contrato a pesar de que haya recaído sobre él una inhabilidad o incompatibilidad.

Así mismo, bajo el tenor del artículo 6º de la Constitución Política se le impide a las entidades estatales generar consecuencias en los adjudicatarios o contratistas sobre los cuales recaía una inhabilidad o incompatibilidad, pues según este, los particulares tienen permitido realizar o desarrollar todo aquello que no le este expresamente prohibido. Se trata de una regla de libertad en virtud de la cual, en el caso particular, los sujetos mencionados —adjudicatarios o contratistas— podían celebrar o continuar ejecutando el contrato a pesar de que sobre ellos hubiera recaído una inhabilidad o incompatibilidad, pues no existía norma expresa que lo prohibiera.

2. Concepto y finalidad de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes

Respecto a la finalidad de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 únicamente señala que su inclusión se

hizo con el objetivo de llenar el vacío legal que existía en el momento¹⁴. Por su parte, en la exposición de motivos de la Ley 2014 de 2019, mediante la cual se modificó el artículo 9º de la Ley 80 —el cual contiene lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes—, se afirma que, a pesar de los esfuerzos del Estado por controlar la corrupción en la administración pública con distintas normas, los resultados no habían sido los esperados, pues hasta el momento no se había logrado confrontar efectivamente el fenómeno de la corrupción. Así pues, surgió la necesidad de adoptar nuevas medidas tendientes a «[...] aumentar el costo de la comisión de delitos contra la administración pública, no solo en términos económicos sino también en materia de severidad de la sanción. Lo anterior con el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia»¹⁵.

La Corte Constitucional, al llevar a cabo un análisis de constitucionalidad del artículo 9º —original— de la Ley 80 de 1993, en la Sentencia C-221 de 1996 se refirió concretamente a la finalidad de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, señalando que:

«Las inhabilidades y las incompatibilidades que, en desarrollo de esa facultad, consagra la ley como aplicables a los particulares que contratan con la administración, tienen por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa.

»Se trata de evitar que contraten con el Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a la cual pertenece también la disposición demandada.

»Como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo de los trámites previos a la contratación, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación contractual ya se había establecido o dentro del tiempo de una licitación o concurso ya iniciados»¹⁶.

El objetivo es evitar que en los casos en los cuales surja una inhabilidad o incompatibilidad sobre el contratista o sobre el aspirante a serlo, se permita

¹⁴ 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 11 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 2014 de 2019. Gaceta del Congreso No. 736 del 20 de septiembre de 2018. [Consultado el 11 de agosto de 2021]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2019-2020/article/119>

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

continuar con la ejecución del contrato o que se le permitiera a un aspirante continuar en el procedimiento de selección. Esto se debe evitar independientemente de la voluntad de la persona en incurrir en la causal, pues en ningún caso sería posible continuar con la contratación o perfeccionarla —si es que aún no existía vínculo contractual—.

Así mismo, la disposición propende por la igualdad, ya que la misma se preserva al prohibir la contratación con personas que «[...] dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en [...] contradicción con el artículo 13 [superior]»¹⁷.

El artículo 9º de la Ley 80 regula los supuestos de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, pero no brinda un concepto o definición de las mismas. *Grosso modo* estas terminan siendo un requisito o una sanción —dependiendo de si se trata de una inhabilidad o una incompatibilidad, sin dejar de lado las dificultades en cuanto a su conceptualización y categorización— que recae sobre un proponente, adjudicatario o contratista en un procedimiento de selección determinado. Por «sobrevenir», la Real Academia de la Lengua Española —RAE— define: «1. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra»¹⁸, en el caso particular, para que las inhabilidades o incompatibilidades se consideren «sobrevinientes», se deben configurar después de que se haya declarado abierto el procedimiento de selección y de que el sujeto sobre el cual recaen ostente la calidad de oferente.

Por último, frente a la naturaleza de las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, la Corte ha señalado que «[...] no tienen, pues, un sentido sancionatorio sino el carácter de reglas objetivas, correspondientes a situaciones de la misma índole, en guarda de la pureza y la transparencia de la contratación administrativa»¹⁹.

3. Etapas del iter contractual en el que pueden sobrevenir inhabilidades e incompatibilidades

Primero, cuando la inhabilidad o incompatibilidad recae sobre el contratista, es decir, una vez celebrado el contrato. En este caso, aquel se encuentra en el deber de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, y en dado

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 11 de agosto de 2021]. Disponible en: dle.rae.es/sobrevenir?m=form

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

caso de que dicha sesión no fuere posible, en principio por qué la opción que ofrece no cumple con las condiciones mínimas que exige la entidad contratante, el contratista deberá renunciar a la ejecución del contrato.

Segundo, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un *proponente dentro de un proceso de selección*, se debe entender que el interesado en ser contratista renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos que hayan surgido del mismo.

Tercero, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los *miembros de un consorcio o de una unión temporal*, lo que exige la norma es que dicho miembro ceda su participación a un tercero —que en ningún caso puede ser otro miembro del consorcio o unión temporal—, previa autorización escrita de la entidad contratante. Pero ¿qué se entiende por «cesión»? «La cesión en la contratación estatal supone, [...], la sustitución *in genere*, total o parcial, de una de las partes de la relación jurídica (contratante o contratista) por un tercero, que se subroga en los derechos y obligaciones de aquella, por medio de la modificación del contrato estatal originario»²⁰. Además, es una institución jurídica, por regla general, «[...] propia de la etapa contractual; en consecuencia, solo pueden cederse los contratos estatales que se encuentren perfeccionados y no estén liquidados [...]»²¹.

Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes pueden surgir en dos momentos: *i)* en la etapa precontractual y *ii)* durante la ejecución del contrato. Los párrafos precedentes enuncian las consecuencias de estos sucesos en oferentes unipersonales, pero ¿qué sucede con los integrantes de consorcios y uniones temporales? En primer lugar, cuando el contrato se encuentra en ejecución, la norma establece que el miembro del consorcio o unión temporal sobre el cual sobrevino la inhabilidad o incompatibilidad debe, previa autorización escrita de la entidad estatal, ceder su participación a un tercero externo al consorcio o a la unión temporal.

El recelo del legislador al establecer que el cessionario no puede ser otro miembro del mismo consorcio o unión temporal se fundamente en: *i)* la necesidad que tiene la entidad estatal de que se le garanticen las mismas condiciones, competencias y calidades de los bienes o servicios ofrecidos, que conllevaron a la elección del contratista inicial y *ii)* garantizar que no haya lugar a asociaciones fraudulentas que tienen por fin último la adjudicación del contrato, pero que en sus verdaderas intenciones no está cumplir con las condiciones inicialmente ofrecidas; en otras palabras, se quiere evitar que con el objetivo de obtener el puntaje más alto en el procedimiento de selección, se vinculen a determinados

²⁰ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *Ibid.*, p. 35.

²¹ *Ibid.*, p. 35.

sujetos en consorcios o uniones temporales —sujetos que desde un principio carecían de la intención de prestar sus bienes o servicios a la entidad contratante—.

Pero, con base en los fundamentos mencionados ¿sería posible que los consorcios o uniones temporales modificaran sus porcentajes de participación? No hay prohibición expresa para esto, así que, se entiende permitido en tanto se garantice que van a permanecer como miembros del consorcio o la unión temporal los mismos sujetos que los integraban inicialmente cumpliendo las mismas funciones a las cuales se habían comprometido en la oferta con base en la cual fueron seleccionados. Así mismo, en este caso debe haber autorización escrita previa por parte de la entidad contratante.

En segundo lugar, cuando la inhabilidad sobreviene en uno de los integrantes del consorcio o unión temporal durante la etapa precontractual, aplica la misma consecuencia que para los proponentes unipersonales, esto es, se entiende que renuncia a la participación en el procedimiento de selección y a los derechos que hayan surgido del mismo. El supuesto opera igual debido a que la norma —artículo 9º de la Ley 80 de 1993— se refiere a «cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en *un proponente* dentro de un proceso de selección [...]» (cursiva fuera de texto), y en el género «proponente» deben ingresar tanto el consorcio como la unión temporal a modo de especie.

Así que, independientemente de que el proponente sea unipersonal o no, la consecuencia será la misma, pues el proponente no es el integrante particular del consorcio o unión temporal ni cada uno de ellos, sino el consorcio o unión temporal como sujeto habilitado para contratar con el Estado. Postura que va en contravía de Dávila Vinueza, quien considera que, si con los integrantes que se mantienen «[...], la capacidad ejecutora es suficiente, no se ve la razón de buscar a toda costa un tercero siendo que la solidaridad es prenda suficiente de garantía, especialmente cuando patrimonialmente haya suficiente solidez de cada uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal»²².

Por su parte, el parágrafo primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 contempla un supuesto especial para aquellos casos en los cuales la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en la Ley 80, artículo 8º, numeral 1º, literal j)²³,

²² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 ed. Colombia: LEGIS, 2016. p. 161.

²³ Artículo 8º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

»[...] 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 contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera 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.

o cuando administrativamente se haya sancionado al contratista por actos de corrupción, no procederá la renuncia del contrato de los casos anteriores, sino que, la entidad estatal deberá ordenar mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil. Además, se aclara que, para el caso de la cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cessionario del contrato.

Bibliografía

Doctrina

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

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

RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. La cesión. 1^a ed. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. LTDA, 2015. p. 252.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

»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, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

»También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

»La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal».

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

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

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 11 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 2014 de 2019. Gaceta del Congreso No. 736 del 20 de septiembre de 2018. [Consultado el 11 de agosto de 2021]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2019-2020/article/119>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE [sitio web]. Bogotá; [consultado el 11 de agosto de 2021]. Disponible en: dle.rae.es/sobrevenir?m=form