

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: CONSIDERACIONES GENERALES¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. La expedición de la Ley 80 de 1993, y en general de todo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, implica cuestionarse respecto de diversos factores y elementos, entre ellos, una restricción a la capacidad contractual como es el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades. En esta ocasión se analizará las inhabilidades e incompatibilidades, empezando por identificar su noción, la diferencia entre ambos conceptos, la implicación en la capacidad contractual, las normas que la regulan y las finalidades que suscitan.

Introducción

La Ley 80 de 1993 reguló la capacidad contractual del «contratista», estableciendo situaciones especiales en las que se les prohíbe contratar con el Estado: las *inhabilidades e incompatibilidades*. En presente texto analizará estas figuras, con la finalidad de identificar su noción, especialmente, si existe una diferencia sustancial entre ambos conceptos; su incidencia en la capacidad contractual; qué normas pueden crearlas; y sus finalidades.

1. Noción de las inhabilidades e incompatibilidades

Las *inhabilidades e incompatibilidades* están reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin tener una noción legal. No obstante, el legislador, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, las definió como aquellas que recogen una vinculación de circunstancias, relacionadas al «contratista» como sujeto, que al existir le impiden celebrar el contrato, so pena de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales procedentes.

El análisis también lo realiza la doctrina y la jurisprudencia. Para Escobar Gil, se trata de situaciones objetivas o subjetivas que contienen una prohibición

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 Profesor Sebastián Ramírez Grisales y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián G. Marín.

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

legal frente a determinadas personas para contratar con el Estado³. El Consejo de Estado las concibe como reglas excluyentes para ciertos sujetos con interés de contratar con el Estado⁴, también como preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diferente naturaleza, destinadas a particulares y servidores públicos⁵. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– las explica como circunstancias que impiden que personas naturales o jurídicas, en el ámbito contractual, celebren contratos con el Estado⁶.

La relevancia de las *inhabilidades e incompatibilidades* en la contratación estatal conlleva a que la jurisprudencia y la doctrina, e incluso el legislador en la exposición de motivos, proponga diferentes definiciones para estos conceptos, que si bien no se dan en términos idénticos, pues semánticamente se evidencia la disparidad, tienen una equivalencia esencial, que permite destacar las características o elementos básicos y fundamentales de lo que son.

Se identifican como prohibiciones, restricciones o exclusiones destinadas a personas jurídicas o naturales, tanto particulares como servidores públicos, para celebrar contratos con el Estado. La Agencia, basándose en una sentencia del Consejo de Estado⁷, destacó que están dirigidas a los servidores públicos y los particulares, no a las entidades estatales⁸. Aunque, en principio, la conclusión parece evidente, es importante señalar que, en ningún caso, una entidad estatal puede estar incurso en una *inhabilidad o incompatibilidad*. Colombia Compra Eficiente explicó que, debido a los principios y fines que garantiza la contratación pública, las entidades tienen una posición dominante en la relación contractual. La relación de desigualdad entre ellas: «contratantes», y las personas naturales o jurídicas, particulares o servidores públicos: «contratistas», se manifiesta en diferentes figuras, como la imposibilidad de que sean destinatarios de estas exclusiones o prohibiciones⁹.

Allí se realiza una consideración más acerca del destinatario de las *inhabilidades e incompatibilidades*, referente a la representación legal. Se desprende de la situación que se produce cuando el servidor público que representa legalmente a la entidad se encuentra incurso en alguna de ellas. Explica que es un

³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. p.101.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Exp. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

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

⁹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de noviembre de 2019. Rad: 2201913000008507.

régimen de impedimentos para que un sujeto suscriba un contrato estatal, por circunstancias relacionadas con sus calidades, y concluye que recaen específicamente en la persona que se afecta y su aplicación no es extensiva a quienes tengan relaciones jurídicas con ella, como es el caso de la representación legal¹⁰. Al respecto, señaló que:

«Cuando un trabajador oficial que es representante legal de una entidad se encuentra incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar, y celebra contratos en nombre de la entidad, no existe consecuencia jurídica para esos contratos celebrados y en ejecución, teniendo en cuenta que la capacidad jurídica afectada es la del representante legal, como persona natural sujeto de derechos y obligaciones, y no la capacidad de la entidad que representa [...]»¹¹.

Finalmente, aclara que, en cuanto a la representación legal de las personas jurídicas, es necesario que para obligarla una persona natural –el representante– ejerza su capacidad. Colige que la capacidad de la persona es diferente e independiente de la de su representante legal, y es la de la persona jurídica la que tiene relevancia para determinar si esta puede celebrar contratos con las entidades estatales; por lo tanto, el representante podrá o no contratar a nombre de la persona, «[...] sin que sea relevante que la capacidad jurídica del representante legal esté limitada por una inhabilidad o incompatibilidad que no es extensiva a la persona jurídica que representa»¹².

La observancia de estas figuras constituye un presupuesto de validez para el contrato estatal, como lo reconoce Escobar Gil¹³. Así, si se celebra un contrato con una persona incurso en una causal de *inhabilidad o incompatibilidad* estará viciado de nulidad. Otra característica significativa es que se trata de una «regla legal prevalente», es decir que es permitido imponerla sobre el derecho individual a contratar que tienen las personas¹⁴. Se constituyen como circunstancias relativas a los sujetos destinatarios de las prohibiciones o exclusiones, están dirigidas directamente a las personas que pretenden suscribir contratos con el Estado, y no a la oferta, como es el caso de las causales de rechazo.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. p. 102. Es de anotar que, aunque la nulidad de los contratos a causa de las inhabilidades e incompatibilidades es uno de las consecuencias o características de la figura, no se ahondará en ella, pues será objeto de un estudio posterior.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Exp. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Igualmente, por ser prohibiciones restringen derechos como la igualdad, la libertad contractual, la libre empresa y el de participar en procedimientos de selección y suscribir contratos con las entidades estatales; por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y taxativa. Dávila Vinueza señala que esa consideración es compartida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, y significa que cuando una situación no encaja perfectamente con la premisa mayor de la norma, el intérprete no puede aplicarla, proscribiendo la analogía y ratificando su taxatividad¹⁵.

Agrega que, no obstante, que estas podrían ser susceptibles de una interpretación teleológica, para lo que es necesario identificar la finalidad que se busca con la prohibición, para aplicársela a la situación que no se ajusta perfectamente con el enunciado de la causal¹⁶. Explica que: «[...] sin llegar a ser una analogía, se puede mediante una interpretación finalística aplicar de manera extensiva una prohibición a un caso que aunque no esté expresamente contemplado en la norma cae bajo su finalidad»¹⁷. Expresó que, a diferencia de la analogía –donde se crean normas para «llenar vacíos»–, mediante la interpretación extensiva o finalística, que él propone, se extienden los efectos de la disposición a situaciones que, en principio, no se ajustan a la premisa mayor, pero sí tienen la misma finalidad.

Para finalizar, se destaca que el régimen jurídico del contrato a suscribir o de la entidad no influye en la obligación de aplicar las *inhabilidades e incompatibilidades*. En cuanto a los convenios de apoyo –derivados del artículo 355 de la Constitución–, el artículo 6 del Decreto 92 de 2017 dispuso que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las que las modifiquen, aclaren, adiciones o sustituyan, son aplicables a esta contratación. Las entidades exceptuadas del EGCAP también deben hacerlo, pues el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, señala que también les aplican.

1.1. Diferencias entre las inhabilidades e incompatibilidades:

La Ley 80 de 1993 estableció el régimen de *inhabilidades e incompatibilidades*; no obstante, no todas las causales están contenidas en esta norma. Por el contrario, existe una importante dispersión de causales. Así como el ordenamiento jurídico no consagró una definición general, y tampoco dispuso nociones individuales de

¹⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2° ed. Bogotá: Legis. 2003, p. 148.

¹⁶ Ibid. p. 148.

¹⁷ Ibid. p. 148.

los conceptos, ni una regla que permita distinguirlos. El artículo se limitó a establecer que:

«De las Inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

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

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

Escobar Gil destaca que el legislador no usó un criterio «científico» que permitiera distinguirlos¹⁸. Por el contrario, la forma de regularlas ocasionó que la interpretación no sea unívoca, sino que, por un lado, se entienda que no existe ninguna diferencia «real» de los conceptos, siendo innecesaria su distinción – gramatical y teórica–, y por el otro, se sostiene que son claramente diferentes, y que tratarlos en conjunto es un error interpretativo.

Dávila Vinuesa defiende la primera idea. Expresa que el legislador emplea dos vocablos para designar las prohibiciones –*inhabilidades e incompatibilidades*–, que en un examen desprevenido podría sugerir que tienen significados y efectos distintos; sin embargo, sostiene que no implican distinciones más allá de las semánticas. Destaca que nombrar una de las causales con una denominación distinta a la asignada en el ordenamiento jurídico no tiene ninguna consecuencia, más allá de una falta de precisión¹⁹.

Agregó que lo inocuo de la diferenciación reside en que los efectos jurídicos que tienen son exactamente los mismos, manifiesta que ante la semejanza conviene utilizar únicamente un vocablo, con lo que serían innecesarios los intentos y las indagaciones o reflexiones y explicaciones, incluso algunas innovadoras que podrían usarse²⁰.

Palacio Hincapié, por el contrario, señala que es erróneo unificar los dos conceptos²¹. El legislador, en la exposición de motivos de la Ley 80 delimitó los conceptos: las *inhabilidades* como las referidas a circunstancias imputables al contratista, que impiden celebrar cualquier tipo de contrato estatal, por un tiempo limitado; las *incompatibilidades* se predicen respecto a la celebración de un

¹⁸ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública, Op. cit., p.102.

¹⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993, Op. cit., 2003, p. 148.

²⁰ Ibid.

²¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8 ed. Medellín: Librería Sánchez Jurídica S.A.S., 2020. p. 122.

contrato circunscrito a una determinada entidad, por un tiempo determinado, supeditado al dispuesto en razón a vinculaciones de orden laboral, de parentesco, de afecto o interés²².

En la exposición de motivos, y en la redacción y clasificación del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se denota que la intención del legislador fue dividir los conceptos. Los definió individualmente en la motivación de la norma, y dispuso las causales en dos grupos, indicando en el primero las correspondientes a las *inhabilidades*, y en el segundo, aunque no se puntualiza que son *incompatibilidades*, sí es un conjunto independiente del anterior que, conforme al encabezado del artículo, se distinguen como estas. Esta tesis la apoya la doctrina, la jurisprudencia y conceptos de Colombia Compra Eficiente.

Para Escobar Gil las diferencias son perceptibles. A las *incompatibilidades* las define como la prohibición que se establece para que determinadas personas, que tengan una investidura oficial o desempeñen una función pública, puedan suscribir contratos con entidades públicas; a las *inhabilidades* como una sanción que la ley le impone a algunas personas que incurrir en conductas reprochables²³. Destaca que el legislador confundió algunas causales, explica que es el caso del artículo 8, numeral 1, literal f, de la Ley 80 de 1993 –inhabilidad de los servidores públicos–, cuando se le clasifica como inhabilidad a una causal que, indica, es una incompatibilidad.

Palacio Hincapié definió específicamente a las incompatibilidades. La restricción que contienen prohíbe la simultaneidad de actividades –tener un cargo y ser contratista del Estado– para evitar intereses contrapuestos en el titular de la función; en otras palabras, que mientras desempeñe su cargo o función no podrá suscribir contratos con el Estado.

El Consejo de Estado también destaca que, desde el contenido, hacen referencia a situaciones diferentes, aunque concurren de forma simultánea. Precisa que las *inhabilidades* son circunstancias que impiden a una persona celebrar contratos con el Estado, y la *incompatibilidad* corresponde a lo que no puede poseerse o ejercerse al mismo tiempo por una misma persona. Igualmente, las primeras, refieren a situaciones imputables al contratista, que le impiden la celebración de cualquier contrato, por un tiempo determinado; mientras que, las segundas, se predicen respecto de un contrato específico con una entidad estatal,

²² 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 25 de enero de 2021]. Disponible en:

<https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

²³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000, p. 102.

por el tiempo señalado en razón de la vinculación laboral, de parentesco, de afecto o interés²⁴.

Colombia Compra Eficiente señala una subdivisión de las *inhabilidades*, en razón de la fuente. La primera se catalogó como «inhabilidad-sanción», surgen como la consecuencia de un procedimiento sancionatorio, ya sea en el ámbito penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura; la segunda se nombró como «inhabilidad-requisito», proveniente de condiciones propias de las personas – no de sanciones–, que tienen como finalidad la garantía de principios como la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia²⁵. Por esta clasificación, no se está de acuerdo con definir las como sanción, como lo hace Escobar Gil, pues tienen procedencias diferentes a las sanciones mencionadas.

En cuanto a las «inhabilidades-requisito», la Corte Constitucional enfatizó que si bien estas restricciones persiguen finalidades constitucionalmente válidas, no pueden desconocer principios como la proporcionalidad y la razonabilidad, que son limitaciones que impiden ejercer actividades específicas –en este caso contratar con el Estado–, pero que no tienen origen sancionador, ni están relacionadas con delitos, están vinculadas con modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros principios²⁶.

Se considera que desde el aspecto teórico la diferencia entre los conceptos es clara. A partir de algunos rasgos derivados de las nociones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia se distinguen y cualifican cada uno de ellos. En primer lugar, se destaca que la *incompatibilidad* evita que existan dos calidades concomitantes; en segundo lugar, es lo concerniente a la temporalidad, pues la *inhabilidad* se tiene por el tiempo que determine la norma o documento jurídico que la establezca, mientras que la *incompatibilidad* existe mientras dure la situación que no puede concurrir con la contratación; y en tercer lugar, aquella tiene aplicación frente a cualquier contrato estatal que se pretenda celebrar, mientras que esta solamente tiene lugar tratándose de contratos con una entidad en específico.

Sin embargo, algunas diferencias señaladas pueden ponerse a prueba. Por ejemplo, la inhabilidad ya mencionada –artículo 8, numeral 1, literal f, de la Ley 80 de 1993– inhabilita a los servidores públicos para contratar con el Estado. La circunstancia material se corresponde a la estructura de una *incompatibilidad*, dos

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

situaciones que no pueden concurrir, ser contratista y servidor público; aunque, tiene la estructura de *inhabilidad*, en cuanto es una restricción para cualquier contrato, no para los de una entidad específica.

La *incompatibilidad* del artículo 8, numeral 2, literal a, de la Ley 80 de 1993 no tiene como término de duración únicamente el tiempo en que es miembro de la junta o consejo directivo o servidor público –del nivel directivo, asesor o ejecutivo–, sino que se extiende un año a partir del retiro, por lo que también se establece un plazo en el que durará, como ocurre con las incompatibilidades.

Si bien es posible describir las diferencias entre los dos conceptos, cuando se pasa del ámbito teórico al práctico, los límites y elementos que los diferencian empiezan a difuminarse, a confundirse, siendo el más constante y sólido el alcance de la prohibición o exclusión, es decir, si se extiende a cualquier contrato que se pretenda suscribir con cualquier entidad, o se limita a los contratos de una entidad en particular. Se coincide, en parte, con Dávila Vinuesa, cuando argumenta que la división no tiene efectos jurídicos concretos, que los efectos que tiene estar incurso en ellas y las consecuencias de no respetarlas no se diferencian, sino que son genéricos.

1.2. Implicaciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la capacidad contractual

El término *Capacidad*, de acuerdo con Ospina Fernández y Ospina Acosta, tiene una doble acepción, en ocasiones denota la aptitud que se le atribuye a los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que, otras veces, implica el poder que se reconoce a gran parte de esos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otras personas. En el segundo ya no se comporta como una condición para la validez de los actos jurídicos que realicen²⁷.

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

Rodrigo Escobar Gil explicó que para que una persona pueda celebrar contratos con el Estado es necesario que cumpla con unos requisitos que tienen como finalidad la protección de la autonomía de la voluntad, la defensa de la moral

²⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009, p. 86.

pública o la tutela de los intereses generales, condicionando la validez a que los contratistas posean capacidad legal, no se encuentren inmersos en una inhabilidad o incompatibilidad, y que en ciertos casos estén inscritos en el Registro Único de Proponentes²⁸.

El Consejo de Estado consideró, en términos generales, que la celebración de cualquier negocio, tanto en el derecho privado como en el público, depende de que se posea capacidad de obrar, sin tener como excepción el caso de las uniones temporales y consorcios. Aclaró, específicamente, que para los contratos del Estado la capacidad tiene una dimensión más amplia, pues tiene como objetivo la protección de principios como la igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad, eficacia y celeridad, y se integra por otro elemento: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En resumen, se compone de: *i)* la capacidad de goce, *ii)* capacidad de ejercicio, y *iii)* la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades²⁹.

Así las cosas, es claro que para «el contratista» del Estado la capacidad se moldea a causa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pues no basta que sea capaz en los términos de la legislación privada, sino que, además, no puede estar incurso en alguna de sus causales, pues de ser así serían incapaces para celebrar algunos contratos con el Estado. Cuando «el contratista» sea otra entidad, las reglas concernientes a la celebración de contratos serán las de competencia interna y externa, en las condiciones descritas en estudios antecedentes³⁰. Adicionalmente, se recuerda que las *inhabilidades e incompatibilidades* no tienen ninguna implicación para las entidades como sujetos, ni al ser «contratantes», ni al ser «contratistas».

2. Normas que pueden crear inhabilidades e incompatibilidades

La competencia para determinar qué hechos o situaciones serán constitutivos de una *inhabilidad* o *incompatibilidad* para contratar con el Estado, es únicamente constitucional o legislativa. En la Carta política se consagran causales de *inhabilidades* o *incompatibilidades* –en diferentes materias, no solo contractuales–, por ejemplo, el artículo 127 establece que los servidores públicos, por sí mismos o interpuesta persona, o en representación de otros, no pueden celebrar contratos con entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo excepciones legales.

²⁸ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000. p. 99.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.408.

³⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993, Op. cit., 2003, pp. 76-80.

Igualmente, se entiende que el legislador tiene esta misma facultad, entendiéndose que es una materia con reserva legal. Colombia Compra Eficiente señaló que solo pueden crearse en la ley, pues es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación, cuya expedición es una competencia privativa del Congreso, conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución, por lo que la materia se rige por el principio de legalidad. Se entiende entonces, como uno de los argumentos para justificar la reserva legal, que la inclusión de estas figuras en el EGACP es normal y obligatoria³¹.

La Agencia de contratación agrega que la restricción de derechos especialmente relevantes, como la igualdad, la libertad contractual, la libre empresa y el de participar y suscribir contratos con entidades estatales, implica que las únicas normas que puedan hacerlo sean de rango legal y constitucional.

En esa línea, Colombia Compra Eficiente especificó que las entidades en los pliegos de condiciones no están facultadas para incluir *inhabilidades e incompatibilidades*³². Así lo afirma en un concepto, el Consejo de Estado al explicar que: «[...] las inhabilidades e incompatibilidades son de reserva constitucional y legal por ser cláusulas restrictivas de la libertad de concurrencia, razón por la cual no puede una entidad crearlas en los pliegos de condiciones»³³.

La Agencia también señala que, a pesar del amplio margen de la Administración para configurar los pliegos de condiciones, igualmente está sujeta al principio de legalidad, y no existe una habilitación constitucional o legal que autorice a las entidades contratantes para establecer, en sus pliegos de condiciones, inhabilidades o incompatibilidades diferentes a las consagradas en la Constitución y la ley³⁴.

3. Finalidades y fundamentos jurídicos o prácticos de la creación de inhabilidades e incompatibilidades

La restricción a personas naturales o jurídicas establecidas en las inhabilidades e incompatibilidades, se disponen, principalmente, con el objetivo de garantizar la moralidad, la idoneidad, imparcialidad y transparencia de la actividad contractual, y lograr garantizar los fines del Estado que se buscan con la contratación. La Corte Constitucional determinó que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto

³¹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de enero de 2020. Rad: 2202013000000181.

³² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. C.P. Oscar Darío Amaya Navas. Exp. 2.351.

³⁴ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»³⁵.

La Agencia destaca que estas prohibiciones para contratar realizan los principios de la función administrativa, especialmente el de la moralidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. Así lo ha entendido el Consejo de Estado:

«De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general [...]»³⁶.

Así las cosas, las inhabilidades son medios que buscan garantizar la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado y para ello imponen restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, el derecho a participar en procesos de licitación y celebrar contratos con la Administración.

Bibliografía

Doctrina

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

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1996. M.P: Antonio Barrera Carbonell.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Exp. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 ed. Bogotá: Legis editores S.A., 2016.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000.

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

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009.

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

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Exp. 47.830. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

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

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