

TEORÍA GENERAL DE LAS INHABILIDADES Y DE LAS INCOMPATIBILIDADES¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. La capacidad jurídica, en los términos de los artículos 1502 y 1503 del Código Civil, no basta para acreditar la *capacidad* en el derecho público. La satisfacción del interés general, la protección del erario público y la búsqueda de un ejercicio ético de la función administrativa, fundamentan un régimen que, por razones subjetivas u objetivas, les prohíbe a ciertos sujetos celebrar contratos con el Estado. A continuación, se estudia *i)* qué son las inhabilidades y qué son las incompatibilidades, *ii)* cuál es su relación con la capacidad para contratar, *iii)* qué tipologías de normas crean las causales y *iv)* cuáles son sus finalidades y fundamentos.

Introducción

El régimen de inhabilidades y de incompatibilidades se entiende como una serie de circunstancias vinculadas a la persona interesada en contratar con el Estado, que impiden celebrar negocios jurídicos para ocupar el rol de contratista. Estos supuestos no son una novedad introducida por la Ley 80 de 1993, pues el Decreto Ley 1670 de 1975, el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983 establecían disposiciones específicas.

A continuación: *i)* se estudia qué son las inhabilidades y qué son las incompatibilidades, para lo cual se destaca que la distinción no tiene efectos más allá del teórico, pues las consecuencias prácticas y jurídicas son idénticas; *ii)* se analiza la relación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad con la capacidad jurídica, para lo cual se precisa que, a diferencia del derecho civil y del comercial, la capacidad en el derecho administrativo también se supedita a la ausencia de las circunstancias referidas; *iii)* se resaltan las tipologías de normas que crean causales, para enfatizar la facultad del constituyente y del legislador, y la relevancia del régimen y *iv)* se hace referencia a los fundamentos y a la

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 Richard S. 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 IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

finalidad, especialmente, la relación con la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público y la garantía del interés general.

1. ¿Qué son las inhabilidades y las incompatibilidades?: precisión teórica con efectos prácticos ausentes

El artículo 1504 del Código Civil reconoce que existen «incapacidades absolutas y relativas». Además, contempla las «incapacidades particulares» como prohibiciones que la ley les impone a ciertas personas para ejecutar actos jurídicos específicos. Luis Guillermo Dávila Vinueza las ejemplifica con la compraventa que se realiza entre padre e hijo de familia, en la cual, si bien se encuentran dos sujetos plenamente capaces, la circunstancia especial imposibilita la celebración del negocio³. Como las inhabilidades y las incompatibilidades, las incapacidades particulares impiden que una persona que en principio goza de capacidad jurídica, pueda celebrar un contrato.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que su fundamento no se encuentra en el derecho privado, sino en el público. El Consejo de Estado ha precisado que, aunque en determinado momento la Corporación definió las «inhabilidades» a partir de las «incapacidades particulares» del Código Civil, lo ideal es hacer énfasis en que la justificación no se da a partir del sujeto que la soporta, sino de la condición imperativa de las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades para proteger a la sociedad, mediante la limitación o restricción de la libertad contractual de algunos sujetos de derecho. De esta forma, la limitación se fundamenta en las normas del derecho público, con miras a garantizar las finalidades perseguidas por el Estado⁴.

Anteriormente, los artículos 7 y 8 del Decreto 1670 de 1975 establecían cinco supuestos de inhabilidad y tres de incompatibilidad; los artículos 7 y 8 del Decreto 150 de 1976 definían cinco causales de inhabilidad y cuatro de incompatibilidad; mientras que los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983 contemplaban diez circunstancias de inhabilidad, y 3 de incompatibilidad. Estos estatutos coincidían en que, si bien discriminaban los supuestos para aplicar la norma, no planteaban una definición.

Así pues, en cuanto a la noción de «inhabilidad e incompatibilidad», no es usual que las normas de derecho público la señalen, como ocurre en el derecho

³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2ª Edición. Bogotá: Editorial Legis. 2003. p. 147.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 10 de agosto de 2015. Exp. 2.260. C.P. Álvaro Namén Vargas.

privado con la «incapacidad»⁵. Por ello, la Ley 80 de 1993, en un único artículo, enlistó unas causales —doce inhabilidades y seis incompatibilidades aproximadamente—, sin ofrecer una definición.

Ahora, en la «exposición de motivos» de la ley en cita sí se observa la intención del legislador al conservarlas. Se sostuvo que las inhabilidades y las incompatibilidades son aquellas que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista, y cuya presencia impide la celebración del contrato, *so pena* de verse afectado de nulidad. A renglón seguido indicó qué entender por cada una: las inhabilidades son circunstancias que de alguna manera son imputables al contratista, y que le impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado; mientras que las incompatibilidades se predicán en razón a vinculaciones de orden laboral, de parentesco, de afecto o de interés, respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad —por un tiempo igualmente señalado—. Se precisó que la incompatibilidad se circunscribe a los servidores públicos que desempeñan funciones en los niveles directos, asesor y ejecutivo⁶. Sin embargo, pese a lo anterior, estas definiciones propuestas en la exposición de motivos no se conservaron en una disposición de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, el legislador señaló que las inhabilidades y las incompatibilidades son el corazón de la independencia, pues su ausencia da lugar a crisis de confianza. Refirió lo sucedido en el caso de la energética Enron Corporation, conocido como uno de los peores fraudes de la historia de Estados Unidos. «El espíritu del proyecto propende por un ejercicio profesional con altos estándares de calidad en un marco de responsabilidad social que requiere de claras obligaciones y delimitaciones regulativas a este objetivo»⁷. Se afirmó que un ejercicio profesional sin inhabilidades e incompatibilidades permite que una persona actúe como administrador y fiscalizador simultáneamente, sin la independencia que requiere el segundo. No obstante, aunque destacó la relevancia de las figuras, no contempló una caracterización semántica.

Ahora, aunque a nivel legal es complejo encontrar una definición clara de cada una, en el ordenamiento jurídico —en sus distintas fuentes— se encuentran

⁵ No obstante, no es una ausencia de regulación total, por ejemplo, los artículos 279 y 281 de la Ley 5 de 1992 definen la «inhabilidad» como todo acto o situación que invalida la elección de congresista o le impide serlo, mientras que «incompatibilidad» es el acto que el congresista no puede realizar o ejecutar durante el período de la función.

⁶ ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta 466 de 2005. [En línea]. Disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=02-08-2005&num=466>

ciertas nociones. En la Sentencia C-489 de 1996, la Corte Constitucional precisó que las inhabilidades obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, lo cual lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con entidades estatales. En esta oportunidad, no planteó una noción particular para la incompatibilidad⁸.

En la sentencia del 20 de septiembre de 2001, el Consejo de Estado las definió —es decir, a las inhabilidades y a las incompatibilidades— como preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole. Las «inhabilidades» son circunstancias que le impiden a una persona llegar a ser o llegar a tener una determinada condición jurídica; y las «incompatibilidades» hacen referencia a aquello que una misma persona al tiempo no puede poseer o ejercer, es decir, es una prohibición de que concurren dos condiciones distintas, pues no se pueda obtener una si se posee otra⁹.

En el Concepto 2260 de 2015, el Consejo de Estado destacó la importancia de la libertad para que las personas contraigan obligaciones y adquieran la titularidad de ciertos derechos. En la contratación estatal, la libertad que tienen los particulares de participar en los procesos de selección, o de celebrar contratos con el Estado, concurre con el principio general de que las personas son hábiles y capaces para establecer vínculos jurídicos, de conformidad con el Código Civil¹⁰. Sin embargo, con el propósito de proteger el interés general, el ordenamiento establece que algunas personas no pueden participar en procesos de selección ni celebrar contratos con el Estado, a causa del régimen de las inhabilidades y de las incompatibilidades.

Las primeras consisten en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal; y las segundas son prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público. Las inhabilidades se dirigen al futuro, es decir, afectan a alguien que, por ejemplo, proyecta realizar una contratación con una entidad estatal. Por su parte, las incompatibilidades se dan en el presente, pues suponen una oposición entre el ejercicio del cargo y la realización de determinada función o contratación.

En sentido similar, en el Concepto 2264, el Consejo de Estado analizó el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y concluyó que el listado incorpora hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades,

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 10.989. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Exp. 2.260. C.P. Álvaro Namén Vargas.

aun cuando tienen nociones y naturaleza diferentes. El legislador no encontró una razón para darles un tratamiento diferencial, pues su régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas, de manera que las unió en una única disposición¹¹.

En la doctrina, Dávila Vinueza no propone una definición adicional, pues solo señala que las inhabilidades y las incompatibilidades impiden que ciertas personas celebren contratos estatales. Destaca que, en principio, en un análisis «desprevenido», bien podrían sugerir ideas y efectos diferentes; no obstante, son «conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas»¹². En esa medida, considera que calificar una causal con una denominación que no corresponda no es relevante, por lo que resulta conveniente unificar el vocablo.

Por el contrario, Juan Ángel Palacio Hincapié resalta que existe una «apreciación equivocada» en unificar los dos conceptos —inhabilidad e incompatibilidad—. Define a las segundas como aquellas que atienden la simultaneidad de actividades para evitar la existencia de intereses contrapuestos en el sujeto. Con fundamento en Manuel María Díez, sostiene que las incompatibilidades se justifican por razones de buen servicio, dedicación total a las funciones públicas, imposibilidad material de ejercer actividades simultáneas, independencia de los funcionarios y no intervención en asuntos en los cuales se pueda tener interés¹³.

En efecto, Díez plantea que las incompatibilidades se fundamentan en el deber de dedicación característico del funcionario público, el cual se descompone en el deber de incompatibilidad moral y en el de incompatibilidad material. Cuando distingue la «incompatibilidad» de la «inhabilidad», sostiene que la primera supone la acumulación de distintos cargos, bien sea de naturaleza pública o de naturaleza pública y privada; y las segundas son las prohibiciones que sufren los funcionarios de tener intereses que comprometan su independencia en el ejercicio de su cargo y en relación con su servicio¹⁴.

A diferencia de lo dispuesto en el ordenamiento colombiano, Díez no equipara la inhabilidad con un reproche a la conducta de la persona interesada en contratar. No la define como una consecuencia negativa o una sanción, sino que, al contrario, la asemeja a un conflicto de intereses, esto es, a una situación

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Exp. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. Cit., p. 148.

¹³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S. 2020, p. 122.

¹⁴ DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo II. 3ª Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1983, p. 117.

donde no se buscan culpables: «la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados»¹⁵.

De otro lado, Rodrigo Escobar Gil sostiene que las figuras jurídicas —inhabilitación e incompatibilidad— tienen en común que se tratan de restricciones impuestas por el ordenamiento positivo a personas que gozan de capacidad legal. Las inhabilitaciones son sanciones que el derecho le impone a determinadas personas por incurrir en ciertas conductas; y las incompatibilidades se refieren a la prohibición legal de que una persona posea una investidura oficial o desempeñe una función pública y, a la vez, celebre contratos con entidades estatales. Al igual que Dávila Vinueza, califica a las inhabilitaciones e incompatibilidades como prohibiciones legales objetivas o subjetivas que bien podrían calificarse como «incapacidades especiales»¹⁶.

Por su parte, Ernesto Matallana Camacho, para ofrecer una definición de «inhabilitación» e «incompatibilidad», se apoya en las sentencias del Consejo de Estado y en la intención del legislador plasmada en la exposición de motivos. Destaca que ambas son circunstancias que impiden celebrar un contrato: las inhabilitaciones son supuestos imputables al contratista, que le impiden alcanzar una condición jurídica; mientras que las incompatibilidades se predicen de los vínculos de un sujeto respecto de una entidad, lo que imposibilita que concurren dos condiciones¹⁷.

Miguel Santiago Marienhoff también las distingue. Señala que las «incompatibilidades» evidencian el deber de un funcionario de no acumular dos o más empleos, ni un empleo y alguna actividad o profesión que no se concilie, de manera que desempeñe su cargo de forma eficaz; mientras que las «inhabilitaciones» consisten en prohibiciones que pesan sobre determinada persona para ejercer cargos públicos o realizar ciertas actividades. Sostiene que esa prohibición, por regla general deriva de una sanción¹⁸.

Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente semántica, el Diccionario de la Lengua Española define «inhabilitación» como: «1. f. Falta de habilidad, talento o instrucción. 2. f. Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio»; mientras que «incompatibilidad» como: «1. f. Repugnancia que tiene una

¹⁵ Ibid.

¹⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Legis. 1999, pp. 102 y 103.

¹⁷ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013, pp. 184 y ss.

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Tomo III A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980, p. 952.

cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí. 2. f. Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez». Así, pareciera que la inhabilidad se predica del contratista en sí mismo, de una conducta cometida que se reprocha; mientras que la segunda supone la existencia de un supuesto —que bien puede ser intrínseco al sujeto o no—, que obstaculiza el surgimiento de una situación adicional.

Con todo se concluye que: *i)* las inhabilidades y las incompatibilidades son instituciones características de los estatutos contractuales, *ii)* no existe una definición en la ley; sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia se encuentran nociones, *iii)* el constituyente y el legislador solo enlistaron las causales de inhabilidades e incompatibilidades, y en algunos casos se clasificaron de forma incorrecta, es decir, se calificó de inhabilidad a una incompatibilidad, y viceversa, *iv)* el tratamiento indistinto en la práctica pareciera derivarse de sus efectos jurídicos idénticos —la imposibilidad de contratar con el Estado—, *v)* su régimen cubre varias áreas del derecho, por lo que, por ejemplo, para entender el alcance de una causal se requiere revisar la teoría de un campo jurídico diferente al público —tal es el caso de los vínculos de parentesco en el derecho de familia— *vi)* las inhabilidades se asocian a la imposibilidad de ser o de tener una condición jurídica. En la mayoría de definiciones parece que se debe a conductas reprochables cometidas por el sujeto interesado y *vii)* las incompatibilidades hacen referencia a la prohibición de que dos situaciones concurren.

2. Efecto de las inhabilidades y las incompatibilidades: condicionamiento de la capacidad jurídica

En el derecho privado, el artículo 1502 del Código Civil establece que para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario que, entre otros, sea legalmente capaz, es decir, que pueda obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. A su vez, el artículo 1503 del Código Civil contempla la presunción de capacidad. Por su parte, en el derecho público, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 define que las personas consideradas legalmente capaces en las *disposiciones vigentes* pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Por ende, la capacidad jurídica *pública* se supedita a las disposiciones del derecho civil y del comercial, pero ellas no son las únicas normas aplicables. En relación con este aspecto, el Consejo de Estado ha indicado:

«[...] en efecto, las inhabilidades o incompatibilidades, como se mencionó, tienen un efecto común: impiden la participación en un proceso de selección o la celebración de un contrato, lo que tiene un efecto directo en la capacidad jurídica.

»En la Sentencia C-415 de 1994, la Corte Constitucional sostuvo que este régimen excluye a ciertas personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, los cuales afectan el derecho a la personalidad jurídica, es decir, al principio general de capacidad legal. «De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones»¹⁹.

Por su parte, 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 Administración²⁰. Igualmente, en la sentencia C-178 de 1996, precisó que la «competencia» y la «capacidad» para celebrar contratos es una materia propia dentro de un estatuto de contratación estatal, porque influyen en las calidades o atributos específicos que deben tener los sujetos para que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual. En ese sentido, sostuvo que las inhabilidades e incompatibilidades inciden en la capacidad de los sujetos, y son necesarias en un régimen de contratación.

A su vez, en las sentencias del 10 de febrero de 2011 y del 30 de enero de 2013, el Consejo de Estado reiteró 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 Estado²¹. A nivel jurisprudencial no se observa una conclusión distinta, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado destacan los efectos del régimen con respecto a la capacidad jurídica.

Adicionalmente, en los conceptos del 24 de octubre y del 7 de noviembre de 2019, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señaló que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establece unas circunstancias fácticas que impiden y limitan la capacidad legal de ciertas personas –naturales o jurídicas– para celebrar contratos con el Estado. Argumentó que la capacidad jurídica, como la aptitud de los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas, implica la capacidad de obligarse a cumplir el

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²¹ 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. Además: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón.

objeto del contrato y la ausencia de causales de inhabilidades o incompatibilidades que le impidan celebrar contratos²².

Por su parte, Rodrigo Escobar Gil señala que la capacidad de obrar no es suficiente para que una persona pueda contratar con una entidad estatal, pues se requiere que, además, no se encuentre afectada por una prohibición legal. «El Ordenamiento Administrativo ha instituido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que no se orienta a la protección de la autonomía de la voluntad privada, como ocurre con la teoría de la capacidad legal, sino que se dirige a preservar la moralidad pública o a minimizar riesgos en la ejecución de los contratos»²³.

Así pues, la capacidad jurídica, en los términos de los artículos 1502 y 1503 del Código Civil, no basta para que un sujeto actúe en el rol de contratista del Estado, en la medida en que el EGCAP regula de forma distinta, pero no necesariamente contraria, lo dispuesto en el derecho privado.

3. Normas que crean inhabilidades e incompatibilidades: una materia de reserva constitucional y legal

Las inhabilidades y las incompatibilidades tienen incidencia negativa en los derechos de los interesados en contratar con el Estado. Por mencionar algunos, los artículos 13, 26 y 33 —derecho a la igualdad, derecho a escoger una profesión y libertad de empresa— se disminuyen con disposiciones que condicionan la capacidad jurídica y restringen la participación y la libertad de concurrencia en el mercado de bienes y servicios de carácter público. Si bien, no se consideran instituciones impertinentes por las finalidades que se expondrán en el acápite siguiente, se resalta que las normas que crean causales de inhabilidad o de incompatibilidad no pueden ser proferidas por cualquier operador jurídico. Al contrario, a nivel jurisprudencial y doctrinal se sostiene que solo el constituyente y el legislador pueden crearlas.

Por ejemplo, en la Sentencia C-098 de 2019, la Corte Constitucional destacó que el legislador era el facultado para desarrollar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o faltas de los servidores públicos. Igualmente, en la Sentencia del 14 de marzo de 2013, el Consejo de Estado discutió los límites en el contenido del pliego de condiciones. Sostuvo que las entidades estatales no

²² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado No. 2201913000007954, del 24 de octubre de 2019. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/4201913000006200>.

Además: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado No. 4201912000006288, del 7 de noviembre de 2019. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/4201912000006288>.

²³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op. Cit., pp.100 y 101.

cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los procesos de selección.

De esta forma, no pueden incorporar inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley, o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones²⁴. Con fundamento en lo anterior, en el Concepto C-001 de 2020, Colombia Compra Eficiente reafirmó que los pliegos de condiciones no pueden establecer inhabilidades o incompatibilidades, al tratarse de restricciones reservadas al constituyente y al legislador²⁵.

No obstante, aunque parece una posición consolidada en el ordenamiento jurídico, en la doctrina extranjera se observa una disimilitud. Miguel Marienhoff sostiene que, en el caso de las incompatibilidades, no se requiere una ley formal. Para ello argumenta que pese a que algunos afirman que afectan la libertad del individuo, lo cierto es que nadie tiene un «derecho al empleo», por lo que bien podría el ejecutivo establecer una prohibición similar.

No obstante, a diferencia de lo propuesto por el autor, se tiene en cuenta que ese derecho puede observarse materialmente en otros derechos mencionados, como la libertad de profesión o la libertad de empresa, o el mismo derecho al trabajo, de ahí que no se considere prudente permitirle al ejecutivo crear nuevas causales. En definitiva, en el ordenamiento jurídico vigente, las inhabilidades e incompatibilidades, como restricciones a derechos relevantes, requieren de una deliberación democrática —con toda la carga argumentativa que ello implica—. Ni los reglamentos, ni los manuales, ni los pliegos de condiciones, podrán crear causales distintas a las dispuestas *expresamente* en la Constitución y en la ley.

4. Finalidades y fundamentos de las inhabilidades y de las incompatibilidades

Las causales de inhabilidades e incompatibilidades no satisfacen una única finalidad. El interés general, la protección del erario público, la moralidad administrativa, la transparencia y la objetividad en el ejercicio, la eficiencia de la función pública y la confianza generada al ciudadano, son tan solo algunos de los objetivos que se mencionan. Existen un sinnúmero de argumentos que soportan su permanencia en un estatuto contractual.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 de 2020, del 15 de enero de 2020. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-001%20de%202020>

Matallana Camacho afirma que su fundamento se encuentra en el deber de rodear de garantías las condiciones de transparencia e imparcialidad de la función administrativa y legitimar el proceso de contratación del Estado²⁶. Escobar Gil sostiene que el régimen está inspirado en la necesidad de proteger el interés público —el fin de la contratación administrativa—, el cual se colocaría en riesgo si se les permitiera a las entidades contratar con personas que no gozan de «credibilidad profesional», o que no son confiables para la administración eficiente y honesta de los recursos públicos²⁷.

En cuanto a la «*ratio iuris*» de las incompatibilidades, Marienhoff señaló que se trata de un medio jurídico que evita abusos cometidos en la provisión de cargos o empleos públicos; permite que el funcionario se enfoque y se dedique exclusivamente al desempeño de la función; obtiene la máxima eficiencia en el cargo; permite la ordenación del mercado de trabajo e impide que el agente ejerza, concomitantemente con su empleo, una actividad que contradiga la función pública²⁸.

Por su parte, en la Sentencia C-489 de 1996, la Corte Constitucional enfatizó en que: «la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social insitos en la contratación».

Así pues, su permanencia en los estatutos contractuales obedece a fines constitucionalmente perseguidos, como lo son la eficacia, la transparencia, la objetividad y la moralidad administrativa. Pero también concreta aspiraciones de la contratación pública, véase legitimidad, confianza y correcta administración del patrimonio público. Incluso podría sostenerse que, en determinados casos, se comportan como medidas disuasorias, es decir, persuaden a los sujetos a no incurrir en conductas que resulten reprochables y les afecten su «idoneidad» para contratar.

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.

²⁶ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Op. Cit., p. 185.

²⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op. Cit., p. 104.

²⁸ MARIENHOFF, Miguel. Op. Cit., p. 952.

DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo II. 3ª Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1983.

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

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Tomo III A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 184 y ss.

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

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. 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. Exps. 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. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Exp. 2.260. C.P. Álvaro Namén Vargas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Exp. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

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

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

Cibergrafía

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 de 2020, del 15 de enero de 2020. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-001%20de%202020>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado No. 2201913000007954, del 24 de octubre de 2019. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/4201913000006200>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado No. 4201912000006288, del 7 de noviembre de 2019. [En línea]. Disponible en: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/4201912000006288>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta 466 de 2005. [En línea]. Disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=02-08-2005&num=466>

