

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: LÍMITES Y CONTROLES CONSTITUCIONALES¹

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. Debido a la restricción de derechos que implica y a que su finalidad está estrictamente ligada al desarrollo de principios, fines y derechos constitucionales, se analizará los límites constitucionales que se les impone y los presupuesto con base en los que se les realiza el control de constitucionalidad.

Introducción

La Ley 80 de 1993 se encargó de señalar lo concerniente a la capacidad contractual del «contratista», regulando situaciones especiales en que se les prohíbe contratar con el Estado: las *inhabilidades e incompatibilidades*. Estos conceptos se identifican como prohibiciones, restricciones o exclusiones destinadas a personas jurídicas o naturales, tanto particulares como servidores públicos, para celebrar contratos con el Estado. En esta medida afecta la capacidad de los particulares, por lo que la competencia para determinarlas es únicamente constitucional o legislativa.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades es un medio que busca 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. Por la importancia de la materia y la restricción de derechos constitucionales que implica, el presente texto se analizará los límites constituciones y los parámetros con los que las controla la Corte Constitucional.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de febrero de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos 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. Marin.

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

1. Límites constitucionales a las inhabilidades e incompatibilidades

La Constitución dispuso la competencia del Congreso para expedir las normas que rijan el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos –artículo 150, numeral 23–, y para que estableciera el estatuto general de contratación pública –inciso final del artículo 150–. Conforme con las normas referidas, el legislador puede regular la función pública y la contratación estatal, imponiendo las condiciones y exigencias propias de estos regímenes, especialmente, lo que concierne a las inhabilidades e incompatibilidades, que en el ámbito contractual, al ser limitaciones a la capacidad, es un aspecto propio de la regulación del estatuto.

Como se explicó en un texto anterior, las normas que las establece tienen reserva legal, es decir, que además de estar en la Constitución, únicamente pueden determinarse en la ley. Al definir las, el legislador tiene un amplio margen de configuración, debido a los derechos y principios que protegen. Su inclusión en el ordenamiento jurídico pretende la garantía del interés general y de los principios de la función administrativa, particularmente los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad –artículo 209 de la Constitución–; además, de la búsqueda de la materialización de los fines del Estado –artículo 2 *ibidem*–, que se concretan de forma especial con la contratación estatal.

La primera exigencia que resalta la Corte Constitucional es que las prohibiciones que se establecen con las inhabilidades e incompatibilidades tienen como presupuesto material los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia de la función administrativa, especialmente, en lo referente a la contratación estatal³. Así, la justificación constitucional para que se restrinja la capacidad contractual de los particulares, y en general los derechos que tienen, es el interés general y la garantía de los derechos constitucionales, principalmente, la eficiencia y moralidad administrativa.

Si bien los preceptos que se protegen con las inhabilidades e incompatibilidades tienen amplia relevancia iusfundamental, y la Constitución otorga libertad al legislador, la potestad de configuración no es absoluta. Por el contrario, está sometida a determinados límites derivados de las disposiciones constitucionales, y reconocidos por la Corte Constitucional al realizar el control de las normas que las definen e integran al ordenamiento. Entre ellos se destaca los derechos a la igualdad –artículo 13 *ibidem*–, al trabajo –artículo 25 *ibidem*– y a escoger libremente la profesión u oficio –artículo 26 *ibidem*–.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-257 de 2013. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En conclusión, su consagración legal implica restricciones los derechos ya mencionado. Para establecerlas el legislador tiene libertad. Sin embargo no es absoluta, debido a que se supedita a la forma como la Constitución dispuso algunas inhabilidades, y a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para no afectar el núcleo esencial de otros derechos.

Otra de las limitaciones que la Constitución impone a los proyectos es el principio de unidad de materia, que exige que un proyecto de ley es la de regular una misma materia, prohibiendo que contenga disposiciones o modificaciones que no tengan relación con ella –artículo 158 de la Constitución–. La Corte Constitucional explicó que la disposición tiene un significado ético-político, que un tema no concuerda con la materia del proyecto de ley, cuando al analizarse la totalidad del texto, resulta «extraño» al asunto que se está regulando, y tiene como finalidad la existencia de coherencia lógica entre los temas a regular⁴.

Expresó que se considera que el legislador incurre en violación del principio de unidad de materia al incorporar normas que no mantienen relación de conexidad racional y objetiva con los aspectos determinantes de ella⁵. A partir de lo anterior, es claro que al regular una materia todas sus disposiciones deben ser congruentes con el objeto y finalidad del cuerpo normativo, sin que se incluyan asuntos extraños que rompan con la concordancia. Si bien las inhabilidades e incompatibilidades son propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, algunas de ellas se establecen a partir de temas ajenos a él, por ejemplo: las relaciones de parentesco y laborales con el Estado, sanciones disciplinarias y penales, entre otros.

La Corte Constitucional, en sentencia C-178 de 1996, analizó la constitucionalidad de una inhabilidad dispuesta como resultado de sanciones disciplinarias. En primer lugar, aclara que la Ley 80 de 1993 no regula procedimientos de esta naturaleza para aplicar sanciones. Aunque se refiera a temas relacionados, no lo hace con el propósito de establecer reglas ordenadas y completas del régimen disciplinario, sino que utiliza instituciones propias de él como la destitución o la sanción para definir causales de inhabilidad⁶.

Aclaró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no constituyen un asunto propio de lo disciplinario, pues su incidencia radica en la capacidad de las personas que intervienen en la contratación estatal, su regulación corresponde, directamente, al EGCAP, porque son parte necesaria y obligatoria de un régimen de contratación, y refiere a una materia específica y consustancial a él, es decir, la restricción a la capacidad para contratar. De allí que, definió que no se vulnera el

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-178 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

principio de unidad de materia cuando se alude a lo disciplinario para construir las causales de inhabilidad o incompatibilidad⁷.

De acuerdo con esas consideraciones, es claro que el legislador no viola el principio de unidad de materia al establecer las inhabilidades e incompatibilidades a partir de temas diferentes a la contratación, pues no se pretende estructurar materias completas impropias de la contratación. Todo lo contrario, se apoya en situaciones o instituciones propios de otros regímenes legales para evitar que existan circunstancias que amenacen la garantía de los principios de la función administrativa –artículo 209–, especialmente el de moralidad, derechos fundamentales y concreción de los fines estatales que se buscan con la contratación.

Las inhabilidades que se establecen a partir de las sanciones disciplinarias, fiscales o penales, tiene más que una dimensión sancionatoria, pues contienen consecuencias respecto de las condiciones de idoneidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad e imparcialidad que exige la Administración a sus contratistas. Máxime si se tiene en cuenta que la contratación estatal materializa el interés general.

De esta forma, se cumple con los propósitos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades –proteger principios y el interés general– y se regula únicamente una materia consustancial a la contratación estatal, sin sobrepasar sus límites e incorporar disposiciones ajenas. Se reitera que, si bien utiliza conceptos o instituciones de regímenes no contractuales, como el disciplinario, penal, fiscal o vínculos laborales y de parentesco, en ningún momento se está regulando esos temas. Por el contrario, se utilizan para, a partir de ellos, estructurar las causales de inhabilidades e incompatibilidades, que tienen estricta correspondencia con él.

El principio de legalidad impone otras limitaciones a las inhabilidades e incompatibilidades, lo que implica que las prohibiciones para contratar se determinen previa y plenamente, y que las realice la autoridad competente, en ese caso, el legislador. El primer elemento se denomina *tipicidad* y tiene una relevancia determinante en las inhabilidades que se derivan de una conducta sancionatoria; así, la exigencia implica que la prohibición para contratar, o las conductas sancionatorias a partir de las que se configuran las inhabilidades, estén determinadas, o que, como admite la jurisprudencia, sea determinable a partir de otras disposiciones del ordenamiento jurídico⁸.

Otra limitación relevante se deriva del principio *non bis in idem*, del que hace parte el derecho al debido proceso, el cual adquiere especial importancia con las inhabilidades que se derivan de otros regímenes de responsabilidad. El citado

⁷ Ibid.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 3013. MP. Alberto Rojas Ríos.

principio, conforme con la jurisprudencia, en su dimensión objetiva, consiste en la prohibición de que el legislador permita que un sujeto sea procesado y sancionado, más de una vez, ante una misma jurisdicción y por los mismos hechos.

La Corte Constitucional destacó que su alcance debe entenderse en armonía con la diversidad de regímenes de responsabilidad que existen en el ordenamiento, por lo que un mismo suceso puede revisarse y sancionarse en distintos regímenes jurídicos⁹. Particularmente resaltó que: «Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento [...], no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación “no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades”»¹⁰.

Explicó que para que exista un desconocimiento del principio se requiere que concurra, necesariamente, la identidad de persona –sujeto pasivo–, identidad de causa e identidad de objeto. De forma que cuando la inhabilidad es producto de una sanción proveniente de otro ámbito del derecho –por ejemplo, fiscal, disciplinaria o penal–, cumple, por lo menor, dos de las tres condiciones, existe equivalencia entre el sujeto y de objeto, por lo que, el aspecto de mayor análisis será la causa, relativa, entre otras cosas, la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad o bien jurídico tutelado.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional reconoce que la inhabilidad tiene como objeto la transparencia, eficiencia y moralidad de la actividad, mientras que, las sanciones disciplinarias, fiscal y penal tienen finalidades diferentes entre sí y con el régimen de prohibiciones para contratar, por ejemplo, la disposición que coincide con aquellas tiene como objetivo la protección de los principios que guían la función pública¹¹. En esos casos no se configura la violación al principio *non bis in idem*, pues si las normas tienen finalidades diferentes, y la no concurrir los tres requisitos referenciados, no se cumplen los presupuestos para que se configure la transgresión.

El artículo 122 de la Constitución estableció una inhabilidad permanente, es decir, que se extiende indefinidamente, con la intención de que personas condenadas por determinados delitos contra el patrimonio del Estado no puedan participar en la contratación pública. La intención del constituyente es clara, no admitir límites a la extensión que establece el artículo 122; de allí que, la intemporalidad de la prohibición dispuesta es un límite claro a las inhabilidades

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

que vaya a establecer el legislador, y que tengan identidad de objeto con la norma constitucional.

Se destacó que la Constitución establece una prohibición de naturaleza intemporal, y la jurisprudencia constitucional reiteró el carácter permanente en diferentes sentencias¹². Por lo anterior, se declaró inexecutable una inhabilidad que determinaba un número exacto de años para estar incurso en ella, reduciendo la calidad de «vitalicia» que tiene desde la norma superior.

La Corte examinó si una de las normas que ampliaba el término en que un exservidor público estaba inhabilitado luego de dejar el cargo restringía, desproporcionadamente, los derechos al trabajo –artículo 25 *ibidem*–, la libertad de escoger y ejercer profesión u oficio –artículo 26 *ibidem*–, y el derecho a la igualdad –artículo 13 *ibidem*–. Si bien se reconoce que la inhabilidad implica limitaciones al ejercicio de esos derechos, la Corporación determinó que se enmarcaba en el ámbito de configuración legislativa, sin comportar tal amplitud que se considere desproporcionada o irrazonable¹³.

Unos de los derechos que se consideraron restringidos por las inhabilidades e incompatibilidades son los de libertad económica y libre competencia. La Corte Constitucional analizó si se ajusta a la norma superior la causal consistente en que cuando una persona presenta una propuesta, automáticamente se prohíbe que otra con cierto parentesco participe en el mismo procedimiento de selección, lo que ocurre igualmente con la sociedad anónima no abierta, impidiéndose que otra de la misma naturaleza, que tenga ciertas vinculaciones por el parentesco de socios y administradores, pueda ofertar.

Es claro que la prohibición limita la actividad económica que desarrolla el interesado y el derecho a competir en la selección del contratista, y se cuestionó en una demanda de inconstitucionalidad la pertinencia de imponer esa prohibición, impidiendo que personas con la aptitud para concurrir al procedimiento lo hagan, por radicar su propuesta con posterioridad a otra persona –natural o jurídica– con la que se tiene un vínculo de parentesco. Para la Corporación, la competencia para imponer condiciones que la ley exige para ejercer la actividad económica y la libre competencia no es absoluta, sino que tiene que circunscribirse a los parámetros constitucionales¹⁴.

¹² Al respecto ver: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Alejandro Linares Cantillo; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1212 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-257 de 2013. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Explicó que si bien es una limitación, no debe ubicarse en el campo de la libertad económica, pues su intención no es restringir a actividad económica de las personas y la iniciativa privada, y resaltó que no tienen como propósito intervenir en esos derechos, sino regular una parte de la función pública: la contratación estatal¹⁵. Se aclara que el ámbito de aplicación de la norma se ajusta a la esfera pública, que no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad¹⁶.

Se destacó que la ley puede remover los obstáculos que impidan la igualdad real y efectiva, y que la participación en un procedimiento de selección de personas vinculadas por relaciones de parentesco está asociada a riesgos para para la contratación estatal: *i)* igualdad de oportunidades para participantes y *ii)* obtención de las mejores condiciones contractuales para el Estado; de allí que por la defensa del interés general se justifica que se limiten derechos¹⁷. Expresó que: «Las incapacidades especiales son de recibo, entre otros casos, cuando el ejercicio de la capacidad pueda ser excesiva y desproporcionadamente lesiva para los terceros y la sociedad en general, probado lo cual es posible restringir excepcionalmente el campo negocial del sujeto [...]»¹⁸.

De esta forma, la limitación de la capacidad contractual de las personas debe observar la regla de la excepcionalidad y dirigirse a concretar derechos e intereses superiores, siendo uno de ellos el de seleccionar objetivamente a los contratistas del Estado. La validez de esas reglas depende de la justificación y conexidad con su finalidad, por tanto no es posible reducirlas a las consecuencias materiales que tienen para una persona, sin considerar objetivo y propósito, que son los elementos principales de la limitación, y que facultan los derivados de ella.

2. Propuestas de control de constitucionalidad a las inhabilidades e incompatibilidades

La Corte Constitucional definió que todas las disposiciones que restrinjan derechos fundamentales deben: *i)* buscar una finalidad legítima, útil y necesaria para alcanzarla y *ii)* ser ponderada o estrictamente proporcional. Señaló que cumple con la segunda condición cuando, desde la perspectiva constitucional, los beneficios de la norma son equivalente a los derechos que se afectan; de forma que, si el impacto que produce es superior a la utilidad que comporta, es desproporcionada y debe considerarse inconstitucional¹⁹.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-584 de 1997. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

De esta forma, si la prohibición legal para contratar no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general, o es irrazonable o desproporcionada pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir la capacidad contractual de los particulares, y su derecho a concurrir libremente a los procedimientos de selección.

El tribunal constitucional explicó que, en el caso estudiado en la sentencia C-343 de 2013, el sujeto y el objeto de la inhabilidad y la sanción disciplinaria eran equivalente, pero tenían causas distintas; no obstante, la consecuencia jurídica era la misma, la prohibición para contratar con el Estado –inhabilidad-. Afirmó que la aplicación de ambas, que ya se mencionó son iguales, vulneraría el principio de *non bis in idem*, pues una persona, por un mismo hecho, recibiría dos veces la misma sanción –aunque en proporciones diferentes-; prohibiendo que participe en la actividad contractual desde dos normas diferentes, por lo que la Corporación expuso que habría una afectación doble e idéntica de los derechos fundamentales de un sujeto.

La Corte destacó que, en su consideración, esa situación es contraria al principio de proporcionalidad, pues aunque ambas medidas, de forma independiente, son adecuadas para proteger la actividad contractual del Estado, pues impide que la realice quien considera no tiene la aptitud para hacerlo, en términos de eficiencia, transparencia y moralidad; sin embargo, que en conjunto, resultan innecesarias, pues se estaría protegiendo la misma actividad –bien jurídico– dos veces y con sanciones diferentes. Resaltan que no se está señalando que ambas estén buscando el mismo fin, pues cada uno tiene una causa diferente.

Para la Corporación, la protección simultánea de ambos bienes jurídicos no tiene inconvenientes constitucionales, sino fuera porque afecta derechos fundamentales, ya que, de ser así, resulta innecesaria y, por lo tanto, contraria a las exigencias del principio de proporcionalidad. Amplió el argumento describiendo que, por tener causas diferentes, no transgrede a la Constitución, pero aplicarle a una persona dos prohibiciones para contratar con el Estado, por el mismo hecho, viola la proporcionalidad del principio *non bis in idem*, pues con la imposición de una de ellas es suficiente para proteger el objetivo²⁰.

Para el tribunal constitucional si la existencia de ambos regímenes es acorde a la Constitución, la decisión no podía ser la declaratoria de inexecutable, y la solución debe ser la armonización del caso en concreto, que respete los postulados de la norma superior. Por ello, es necesario que se aplique el término de inhabilidad más largo, solamente la prohibición que resulte más gravosa, sin importar cual se impone primero. Determinó que esa forma de entender el principio implica un cambio jurisprudencial de la proporcionalidad de las sanciones, pues si bien

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 3013. MP. Alberto Rojas Ríos.

siempre tuvo la misma premisa –la imposibilidad de imponer a la misma persona varias veces la misma *consecuencia*, por el mismo hecho–, no se entendía como un elemento del *non bis in idem*, sino como un principio autónomo. Por ello, declaró que:

«Entender el principio de proporcionalidad como uno de los contenidos del *non bis in idem* evita llegar a soluciones que excluyan del ordenamiento, de forma absoluta, consecuencias sancionatorias queridas por el legislador. Esta perspectiva permite realizar ejercicios de armonización en concreto, que, manteniendo un número plural de regímenes de responsabilidad –cada uno con una **causa** diferente–, evite que se proteja dos veces el mismo bien jurídico –a partir de una duplicidad en la **consecuencia**–, pues esto resulta innecesario y, en cuanto limita derechos fundamentales, desproporcionado»²¹.

En conclusión los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad son los que la Corte Constitucional utiliza para definir si las normas que establecen las causales de inhabilidad e incompatibilidad se ajustan a la norma superior; siendo claro que las inhabilidades derivadas de cualquier tipo de sanción disciplinaria, resultan desproporcionadas en cuanto incorporan como hecho que fue sancionado con la misma medida, teniendo como regla que se aplicará la más extensa; además, que las que no propendan por la garantía de interés general y de principios constitucionales no serán justificadas, y por lo tanto, transgreden a la Constitución

Bibliografía

Jurisprudencia

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-178 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1996. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-584 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Ibid.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa;

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1212 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-257 de 2013. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-434 de 2013. MP. Alberto Rojas Ríos.

