

EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: QUIENES CONTRATEN BIENES O SERVICIOS OFRECIDOS AL PÚBLICO EN CONDICIONES COMUNES¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Con el propósito de continuar con el estudio detallado del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en esta ocasión se analizarán las excepciones establecidas por el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, específicamente, la consistente en que aquellas no les son aplicables a las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto y que se ofrecen al público en condiciones comunes a aquellos que los soliciten. Para esto se identificarán los elementos que la componen y sus antecedentes normativos.

Introducción

Como se explicó en textos precedentes, las inhabilidades e incompatibilidades son prohibiciones, restricciones o limitaciones para participar en procedimientos de selección o celebrar contratos, y por lo tanto, la incursión de cualquier persona, jurídica o natural, en una de sus causales tiene principalmente efecto en la *capacidad contractual*³. Si bien los sujetos destinatarios de estas, por definición, tienen la capacidad «general» para celebrar actos jurídicos, no tienen una denominada por la doctrina civil como capacidad «particular»⁴, aunque tienen una naturaleza especial y quizá no puedan ser completamente asimiladas a estas.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 28 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 Asesor Juan Carlos Ledezma Maturana 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 V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

³ El concepto de capacidad, según Ospina Fernández y Ospina Acosta, tiene doble acepción, en ocasiones denota la aptitud que se les atribuye a los sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que, en otras ocasiones, implica el poder que se reconoce a gran parte de esos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otras personas. El segundo —la capacidad contractual— ya no es un atributo de *todos* los sujetos, sino un requisito de validez de los actos jurídicos (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009, p. 86).

⁴ Según estos doctrinantes, las incapacidades particulares solo se predicen respecto de actos —en este caso contratos— lícitos, que puedan ejecutarse válidamente por personas con capacidad «general», pero que excepcionalmente se prohíben en relación con ciertas y

En todo caso, como lo explica el Consejo de Estado, en términos generales, la celebración de cualquier acto o negocio, tanto en el derecho privado como en el estatal, depende de que se posea capacidad para actuar. 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 incompatibilidades⁵. En resumen, se compone de: *i*) la capacidad de goce, *ii*) la capacidad de ejercicio, y *iii*) la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades —las cuales pueden identificarse como un tipo de incapacidad «particular»—.

Como se expresó, la capacidad del contratista del Estado —o de quien participa en los procedimientos de selección— se transforma a causa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, creando un tipo de incapacidad «particular», aunque de naturaleza especial. En conclusión, no basta que sea capaz en los términos de la legislación privada —tener capacidad «general»—, sino que, además, no puede estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, pues de ser así tendrían prohibido celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección, dependiendo del alcance de esta. No obstante, no siempre que una persona esté incurso en alguna causal tiene prohibido celebrar *todos* los contratos estatales.

Aunque la anterior afirmación parece contrariar el descrito alcance de sus efectos, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— consagra situaciones donde a pesar de estar incurso en las causales, aun así, la persona mantiene la capacidad de suscribir los contratos. En otras palabras, por más que un sujeto tenga una incompatibilidad o esté inhabilitado, solamente en ciertos casos dispuestos en la ley, tiene toda la capacidad para celebrar los negocios estatales.

Así las cosas, con el propósito de continuar con el estudio del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades —luego de analizar sus condiciones generales, causales y aquellas «sobrevinientes»—, se revisarán las excepciones prescritas en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, en especial la segunda que dispone: cuando la persona lo haga para usar los bienes o servicios que las entidades, a que se refiere el estatuto, ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

determinadas personas, en otras palabras, que la ley las incapacita para realizar determinado acto jurídico, que por definición si es lícito (Ibid. p. 95).

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.408.

1. Alcance y finalidad de la segunda excepción de las inhabilidades e incompatibilidades

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 establece que no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades de las que tratan los artículos anteriores —es decir, las del artículo 8 y 9—: *i)* quienes contraten por obligación legal, *ii)* las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, *iii)* las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de sus cargo o por mandato legal o estatutario y, tampoco *iv)* quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política. En su literalidad, la norma establece:

«Artículo 10. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política».

Como se explicó, en la disposición se establecen diferentes situaciones donde no aplican las inhabilidades e incompatibilidades dispuestas en «los artículos anteriores», es decir, en los artículos 8, 9 y 9A. La redacción de la norma, específicamente la remisión a los artículos mencionados, determina que a todas las situaciones que originan las prohibiciones para contratar les aplican las excepciones; en otras palabras, todas las excepciones son predicables de cada causal, tanto las prescritas taxativamente en el artículo 8 y las demás dispersas en el ordenamiento —integradas al artículo por el numeral 1, literal a)—, sin que ninguna de ellas quede excluida. No obstante lo anterior, aunque el literal a) incluya todas las causales de inhabilidad, no hace lo mismo con las incompatibilidades.

Lo referenciado implica cuestionarse qué sucede con las incompatibilidades que no están establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80, si para ellas también aplica la excepción o si, por el contrario, una interpretación sistemática del régimen conduce a concluir que también están cubiertas por estas. Se considera que la finalidad de la norma no es excluir únicamente a las causales del artículo *ibídem*, pero la interpretación restrictiva que presupone y exige determina que sea necesario atenerse a la literalidad de las disposiciones, por lo que la

excepción solamente se predicará de aquellas prescritas en el numeral 2 *ibidem*. Sin perjuicio de que esta sea la interpretación ajustada, no es muy claro que en esas situaciones deba impedírsele a las personas acceder a ciertos servicios, sobre todo los domiciliarios.

La segunda excepción del artículo 10 de la Ley 80 de 1993 se presenta cuando las personas contratan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. Los elementos descriptivos de esta excepción son los siguientes: *i)* que se contrate con alguna de las entidades definidas en el EGCAP, *ii)* que la contratación tenga por objeto el uso de bienes o servicios *iii)* que aquella ofrezca a *todos* en condiciones «comunes».

Es preciso anotar que la norma implica que las contrataciones que se enmarcan en la excepción están completamente reguladas y deben ajustarse de forma puntual a cada una de las exigencias. Su aplicación a situaciones fácticas particulares tiene que concordar con todos los requisitos descritos en el aparte de la disposición, es por eso que es necesario analizar cada uno de los elementos que la integran, puesto que la necesidad de cumplirlos estrictamente está vinculada a la importancia misma del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en caso contrario, se estaría contratando, sin autorización legal, con un sujeto sin la capacidad contractual para hacerlo. Adicionalmente, la interpretación de su alcance tiene que ser estricta porque debe tener un fundamento sólido, con la capacidad de justificar que para ese tipo de negocios no aplique el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

i) Entidades definidas en el EGCAP. El primer requisito de la excepción exige que los bienes o servicios —segundo y tercer elemento que se describirá más adelante— sean ofrecidos por las entidades estatales definidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Estas se encuentran definidas en una lista consagrada en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, allí se hace referencia a autoridades de diversos órdenes y niveles, en el primer grupo se encuentran: *i)* Nación; *ii)* regiones; *iii)* departamentos; *iv)* provincias; *v)* distrito capital y distritos especiales; *vi)* áreas metropolitanas; *vii)* asociaciones de municipios, territorios indígenas y municipios; *viii)* establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%); *ix)* entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que adopten, en todos los órdenes y niveles —lit. a, *ibidem*—.

En el segundo grupo están: *i)* Senado de la República; *ii)* Cámara de Representantes; *iii)* Consejo Superior de la Judicatura; *iv)* Fiscalía General de la Nación; *v)* Contraloría General de la República; *vi)* contralorías departamentales,

distritales y municipales; *vii*) Procuraduría General de la Nación; *viii*) Registraduría Nacional del Estado Civil; *ix*) ministerios; *x*) departamentos administrativos; *xi*) superintendencias; *xii*) unidades administrativas especiales y *xiii*) organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos —lit. b, *ibidem*—.

Así, el EGCAP determinó cuáles son las entidades estatales en una lista indicativa, es decir, que no es taxativa. Además, las autoridades que se regirán por sus reglas no son exclusivamente estas, y mediante normas posteriores se modifican, agregan y sustraen algunos organismos. Asimismo, la Ley 80, artículo 2, integra una especie de *cláusula de inclusión general*, que agrega de forma directa entidades que no están incluidas textualmente en el artículo *ibidem*, o en otras disposiciones del EGCAP o normas especiales: primero, al incluir todas las entidades descentralizadas y demás personas jurídicas que tengan participación mayoritaria, con independencia de su denominación, y en todos los órdenes y niveles; segundo, cuando inserta a todas a las que la ley les otorgue capacidad contractual.

ii) y *iii*) *Los bienes y servicios ofrecidos a todos en condiciones «comunes»*. El elemento fundamental de la excepción es que los bienes y servicios ofrecidos por las entidades en condiciones comunes a quien lo solicite. Juan Ángel Palacio explicó que la finalidad de esta excepción radica en que las personas que tienen la restricción puedan acceder a los servicios que presta el Estado para todas las personas, como es el caso de los servicios públicos⁶. Destaca que la Ley 142, artículo 134, señala que cualquier persona capaz de contratar que habilite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tiene derecho a recibir servicios públicos domiciliarios. También destacó que cuando se trata de bienes, permite que puedan adquirirse bonos o acciones que la entidad saque al mercado⁷.

Como lo explica el autor, los servicios públicos, domiciliarios o no, son el ejemplo por definición de la excepción, pues son ofrecidos a todo el público en igualdad de condiciones. Cada uno de estos se ofrecen a toda la comunidad, según las reglas que definen las normas pertinentes, entre ellas las leyes 142 y 143 porque la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, entre otros requerimientos propios del servicio, son los mismos para todos aquellos usuarios que quieran acceder a ellos y los que efectivamente lo hicieron —teniendo en cuenta circunstancias diferenciales como los criterios de estratificación económica y social—.

⁶ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8 ed. Medellín: Librería Sánchez Jurídica S.A.S., 2020. p. 169.

⁷ *Ibid.* p. 170.

El Consejo de Estado conceptuó acerca de un caso en el que se evaluó si cierta contratación cumplía con los requisitos para estar en la excepción. Allí señaló que cuando se trata de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de entidades estatales, también deben cumplirse los requisitos del artículo 10, que se ofrezcan al público en general, es decir, que sean ofertados y la invitación tenga condiciones comunes, lo que tiene como consecuencia que el contrato se celebre con quien presentó la mejor oferta⁸. Destacó que, únicamente si se cumplen los requisitos los servidores públicos podrán participar en el procedimiento para el arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de entidades estatales, pues si no se ofrecen al público en condiciones comunes se estará en presencia: «[...] bien de un contrato de arrendamiento por adhesión ora de uno cuyas condiciones fueron materia de acuerdo, lo cual, en la práctica, implica una contratación directa, conducta proscrita respecto de los servidores públicos por los artículos 127 de la Carta y 8o. literal f) de la ley 80 de 1993»⁹.

La Corporación resaltó que la excepción se justifica en que el servidor público no tiene, por razón de su calidad, ninguna ventaja, puesto que la determinación del arrendatario, finalmente, está supeditada a la mejor oferta, y destacó que eso constituye una expresión de igualdad de oportunidades y de condiciones exigidas en el artículo 10. Adicionalmente, determinó que la igualdad requerida está directamente vinculada con la garantía de la publicidad y la libre concurrencia¹⁰.

En otro concepto, el Consejo de Estado explicó que la aplicación de la excepción requiere que, por lo menos, concurren dos elementos: *i)* que exista uniformidad en las condiciones contractuales, que el negocio no sea objeto de negociación, por ser igual y estandarizado para la generalidad del público y *ii)* la posibilidad de acceso de todo aquel que lo solicite, lo que implica que no exista elección por parte de la entidad estatal, puesto que la disposición tiene como supuesto que el goce de los bienes y servicios es una facultad de todos «quienes los soliciten», de manera que el parentesco y otras causas de inhabilidad se vuelven inaplicables¹¹. Resaltó que cuando esas condiciones concurren no hay riesgo para la transparencia e imparcialidad de la contratación, por lo que ninguna calidad personal implica provecho o beneficio distinto al de cualquier otra persona¹².

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 19 de julio de 2001. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Exp. 1.360.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 25 de octubre de 2012. C.P. William Zambrano Cetina. Exp. 2.113.

¹² Ibid.

Esta posición, específicamente, la segunda condición requerida por el Consejo de Estado en el segundo concepto contraría la del primero, porque en él se identificó que a un contrato de arrendamiento donde se reciben ofertas le aplica la excepción del artículo 10 de la Ley 80. En este caso se considera que la posición que más se ajusta a la norma es la segunda, aquella que determina que no puede existir elección por parte de la entidad estatal, y que el acceso al bien o servicio será de todos «quienes los soliciten», como si es el típico caso de los servicios públicos; sin embargo, esta posición implica que se incluyan negocios como la compra de acciones o bonos que emitan las entidades estatales y, por lo tanto, que las personas que tengan la limitación no puedan celebrarlos.

Por otro lado, el Consejo de Estado también resaltó que la norma solamente exceptúa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades los contratos de condiciones uniformes *que ofrezca el Estado* y que recaen sobre bienes y servicios que cualquier persona puede solicitar. Por eso, resaltó que se descarta de plano la posibilidad de que la excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de este artículo 10º cobije también los contratos de condiciones uniformes ofrecidos por los particulares al Estado¹³.

Con esto se tiene que una de las exigencias para que aplique la excepción es que los bienes o servicios los ofrezca el Estado, por lo que en ningún caso se entenderá que funciona cuando es un particular el que se presenta a un procedimiento de selección o a una contratación directa, pues en ese caso no hay libre acceso del público, y mucho menos se está ante un servicio o bien ofrecido por una entidad del EGCAP, pues son justamente las entidades las que los requiere. Igualmente, el destinatario de la excepción es necesariamente un particular, persona natural o jurídica, que evidentemente está incurso en una inhabilidad o incompatibilidad, pero que por las condiciones del servicio o bien aun así pueden adquirirlos.

1.2. Antecedentes normativos de la excepción

Contrario a lo que ocurría con las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, que solo fueron reguladas hasta la expedición de la Ley 80 de 1993, esta excepción a las inhabilidades e incompatibilidades tiene antecedentes normativos en los dos estatutos de contratación anteriores. El Decreto-ley 150 de 1976, artículo 10, estableció que no están cubiertas por las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en los artículos anteriores —específicamente el 6 y 7, donde se establecían diferentes causales de inhabilidades, y el 8, que prescribía las causales de incompatibilidades— las personas que contraten para usar los

¹³ Ibid.

bienes o servicios que las entidades a las que se refiere el estatuto las ofrecen al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten.

Si bien la norma fue demandada y se discutió su constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia no realizó un examen exhaustivo de su contenido, por el contrario, se limitó a expresar que la capacidad de la Administración para contratar, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, la responsabilidad inherente, las sanciones y nulidades consecuentes hacen parte de las formalidades, cláusulas y demás requisitos que tienen que cumplirse para que la contratación sea válida. Finalmente, concluyó que ninguno de las disposiciones demandadas contrariaba algún artículo de la Constitución, y por lo tanto declaró exequible todos los que fueron cuestionados en la acción interpuesta, entre ellos el artículo 10 *ibidem*¹⁴.

El Decreto-ley 222 de 1983, artículo 11, reprodujo el contenido del anterior estatuto, pues establecía que no estarían cubiertas por las inhabilidades e incompatibilidades a las que se refieren los artículos anteriores —concretamente el 8 y 9, donde se establecían diferentes causales de inhabilidades, y el 10, que prescribía las causales de incompatibilidades—, aquellas que hicieran personas para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten.

La redacción que se tenía en los dos estatutos anteriores no varió entre sí, pues como se expresó, ambos decretos consagraron disposiciones iguales, sin diferencias ni en el sentido ni en la redacción; además, los artículos donde prescriben las causales de inhabilidades e incompatibilidades también conservan igual estructura. En cuanto a la regulación actual, la Ley 80 mantuvo las dos causales que se dispusieron en los estatutos anteriores —la regulación descrita también integraba la excepción de quienes contraten por obligación legal—, pero además integró unas nuevas; también varió la estructura de las causales, pues en esta ocasión se concentran en una sola norma, el artículo 8.

En todo caso, permitir que aquellos incursos en alguna causal contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten desde el año 1976 hasta hoy, implica que el legislador ha considerado que esa situación en particular esté excluida de la prohibición para contratar todavía se justifica, es decir, que las razones que lo motivaron para excluir esa contratación de la limitación están vigentes en la actualidad, y además, que su fundamento sigue teniendo el mismo impacto.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 1980. M.P. Luis Sarmiento Buitrago.

Bibliografía

Doctrina

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

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 7° Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2021. 607 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8 ed. Medellín: Librería Sánchez Jurídica S.A.S., 2020. 859 p

Jurisprudencia

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 1980. M.P. Luis Sarmiento Buitrago.

