

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. Las entidades estatales cuentan con la potestad exorbitante de terminar un contrato de manera anticipada, frente a la ocurrencia de graves incumplimientos por parte del contratista, dando lugar a la «declaratoria de caducidad». El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— contempla dos causales de inhabilidad que se derivan de dicha declaratoria de caducidad. En este sentido, el objetivo de este escrito consiste en estudiar y analizar las causales c) e i) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, las cuales contemplan inhabilidades que surgen como consecuencia de la declaratoria de caducidad.

Introducción

En el contexto de la *teoría general de las inhabilidades e incompatibilidades* en la contratación estatal, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— en esta ocasión estudia algunas de las causales que generan inhabilidad e incompatibilidad. Este escrito, en particular, se ocupa del estudio de dos causales del numeral primero del artículo 8° de la Ley 80 de 1993: «1°. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...] c) quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad [...]» e «[...] i) los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria [...]».

A pesar de que las dos causales giran en torno a la declaratoria de caducidad el escrito las desarrolla en apartados distintos. El primero, se ocupa de la causal contenida en el literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y el segundo, de la causal e) del mismo numeral. En general, se desarrollan temas como la definición de caducidad —se hace una corta referencia—, se habla de la duración

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 Asesor 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 Gonzalo Marín Cortés.

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

de las inhabilidades establecidas en dichas causales, se menciona si se consideran inhabilidades e incompatibilidades y porqué, se estudia *grosso modo* cuáles son las sociedades que se enmarcan en la categoría de «sociedades de personas», entre otros aspectos problemáticos.

1. Inhabilidad para quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

Como se mencionó, en este primer apartado se estudia la causal de inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993³. Para empezar, es necesario referirse de manera breve a la definición de caducidad. Dávila se refiere a ella como una potestad con la que cuentan las entidades estatales para dar por terminado un contrato de manera anticipada, siempre y cuando las razones le sean totalmente atribuibles al contratista⁴.

El objetivo de la declaratoria de caducidad consiste en eliminar los obstáculos que impiden la correcta ejecución del contrato, proviniendo en estos casos de incumplimientos por parte del contratista. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se pronunció frente al tema señalando que:

«[...] la ley y, adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general»⁵.

Así, el fundamento de la causal objeto de estudio es la declaratoria de caducidad. En efecto, aquellas personas naturales a quienes se les haya declarado la caducidad en un contrato que celebraron previamente, se encuentran inhabilitadas para ser contratistas del Estado nuevamente. Ahora bien, el siguiente aspecto que se debe estudiar es el tiempo de duración de esta inhabilidad. En otras palabras, analizar ¿desde cuándo se genera la inhabilidad? y ¿hasta cuándo se extiende?

³ «Artículo 8°. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1°. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[...]

»c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. [...]

⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 ed. Colombia: Legis, 2016. p. 356.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-569 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Para responder estas preguntas es necesario remitirse al inciso segundo del literal i) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80, el cual establece que el tiempo de duración de la inhabilidad del literal c) se extiende por cinco años, los cuales se cuentan a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad. Es decir, que para que desaparezca la inhabilidad tiene que transcurrir ese lapso de cinco años o que el acto administrativo que impuso la sanción sea revocado o anulado.

Por otra parte, se debe aclarar un aspecto relacionado con la redacción del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80, pues allí se señala que las inhabilidades objeto de estudio se dan para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales. Una primera interpretación de ese numeral podría llevar a pensar que la expresión «celebrar contratos» se refiere a una inhabilidad que viene luego de haberse adjudicado el contrato y que, por tanto, la persona se encuentra inhabilitada para la mera ejecución.

Sin embargo, la anterior no es una interpretación correcta, porque a lo que realmente se refiere la disposición con dicha expresión es a la celebración de contratos que no tienen un procedimiento de selección previo o que no implican un procedimiento competitivo, como es el caso de la contratación directa, lo que dota de sentido a dicha redacción.

De otro lado, Dávila menciona que, debido a que las inhabilidades e incompatibilidades son de interpretación restrictiva, y por tanto, no se admiten interpretaciones analógicas, la prohibición para contratar consignada en el literal c) no se puede extender a los casos en los cuales la entidad simplemente declaró el incumplimiento del contrato, por ejemplo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria⁶. Lo anterior bajo el entendido de que, a pesar de ser el incumplimiento del contrato el principal presupuesto para que se declare la caducidad, eso no significa que siempre que se genere un incumplimiento se debe utilizar esta potestad, pues ésta usualmente es la última medida que se suele tomar y, más que eso, depende de que se cumplan los demás presupuestos establecidos en artículo 18 de la ley 80 de 1993.

Al mismo tiempo, el incumplimiento también es un presupuesto de otro tipo de herramientas para hacer cumplir el contrato; como son las multas y la cláusula penal. En resumen, la inhabilidad para contratar del literal c) solo aplica cuando precede la declaratoria de caducidad y no se da frente a cualquier otro incumplimiento. Lo anterior, en virtud de la obligación de interpretación restrictiva que caracteriza al régimen de la inhabilidades e incompatibilidades. El Consejo de Estado también permite clarificar la idea anterior con la siguiente afirmación:

⁶ DÁVILA. Op. Cit., p. 163.

«La caducidad administrativa del contrato estatal es una potestad excepcional al régimen común que la ley concede a la Administración para que dé por terminado el contrato, mediante una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso. Dentro de cuyos efectos se encuentran la inhabilidad en el contratista para contratar con entidades estatales durante cinco años y la exigibilidad de las multas y la cláusula penal»⁷.

La idea anterior deja claro que existen diferencias entre la «caducidad», «multas» y «cláusula penal». Sin embargo, teniendo en cuenta que la caducidad ocurre frente a incumplimientos por parte del contratista, es posible que esta concorra en un mismo contrato con la imposición de multas o la cláusula penal. No obstante, se reitera: no todos los incumplimientos dan lugar a la caducidad y, por tal motivo, también es posible que la entidad imponga multas o la cláusula penal sin necesidad de que se haya declarado la caducidad del contrato.

Ahora, respecto a la categoría a la cual pertenece esta causal, es decir, si se considera una inhabilidad o una incompatibilidad, se puede afirmar que la causal en cuestión contempla una inhabilidad. La afirmación anterior se hace con base en la definición de inhabilidad que brinda la Sentencia C-489 de 1996, según la cual: inhabilidad es «la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales»⁸.

Así mismo, la afirmación se fundamenta en el concepto del Consejo de Estado según el cual las incompatibilidades son «las prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo»⁹. Es claro que la causal objeto de estudio no se refiere a la convergencia de dos actividades que por ley no podrían ir juntas, así que, es válido afirmar que se está frente a una causal de inhabilidad.

Otro razonamiento válido para afirmar que estamos frente a una causal de inhabilidad, puede surgir de la postura que defiende la idea de que las inhabilidades son una consecuencia sancionatoria de conductas previas. Así, pues, estaríamos frente a una inhabilidad que sanciona el hecho de que un contratista haya incumplido previamente en otro contrato, y lo haya hecho hasta tal punto de que la entidad estatal debió declarar la caducidad del contrato.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 41.471. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Exp. 1.097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

En ese mismo sentido, Dávila también respalda la idea de que la causal del literal c) hace parte del grupo de causales que generan *inhabilidad* para contratar. El fundamento de esto es su definición de caducidad, pues la explica como «una sanción por el incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie su posible paralización»¹⁰.

Por último, vale la pena discutir una idea que expone Dávila, quien señala que existen algunas disposiciones especiales que fundamentan la caducidad del contrato por eventos distintos a los establecidos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Un ejemplo es el artículo 61 de la Ley 610 del 2000, que consagra la caducidad para los contratos que estando vigentes hayan sido celebrados por un contratista declarado fiscalmente responsable. A juicio de Dávila, esa disposición en específico no genera la inhabilidad contemplada en el artículo 8° de la ley 80, en tanto dicho autor sostiene:

«Dado el desorden legislativo que nos caracteriza, debe recordarse que disposiciones especiales han consagrado la caducidad de contratos en eventos diferentes al que nace de incumplimientos. Por ejemplo, el artículo 61 de la Ley 610 de 2000, relativa al régimen fiscal, consagró la caducidad para los contratos que estando vigente hayan sido celebrados por un contratista declarado fiscalmente responsable.

»Para efectos de lo analizado debe concluirse que la declaratoria de caducidad que resulta de tal disposición no genera la inhabilidad contemplada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993»¹¹.

Con base en este razonamiento, se podría concluir que la situación en la cual un contratista es declarado fiscalmente responsable, a pesar de ser un supuesto que podría dar lugar a la caducidad del contrato, no generaría la inhabilidad para contratar con Estado. Sin embargo, es una afirmación cuestionable, máxime si se tiene en cuenta que Dávila no brinda una línea argumentativa clara para defender tal postura.

Se considera una afirmación cuestionable debido a que el argumento que el autor brinda es insuficiente, pues solo se fundamenta en el hecho de que la causal de caducidad contemplada en el artículo 61 de la Ley 610 no surge de incumplimientos del contrato por parte del contratista y del desorden legislativo. Esto es insuficiente en la medida de que, independientemente del origen de la declaratoria de caducidad, el artículo 8° de la Ley 80 consagra la inhabilidad para la generalidad de los casos, pues no distingue tipos de caducidad y tampoco contempla ningún tipo de excepción. Finalmente, ambas disposiciones —literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y artículo 61 de la Ley 610 de

¹⁰ DÁVILA. Op. Cit., p. 163.

¹¹ Ibid., p. 164.

2000— contemplan causales de declaratoria de caducidad. En desarrollo de lo anterior, es válido preguntarse ¿Qué sucede con los demás supuestos que dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato?

Como se ha dejado en evidencia, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no es la única disposición que contempla supuestos que llevan a la declaratoria de caducidad del contrato. Así como el artículo 61 de la Ley 610 establece la caducidad originada en la responsabilidad fiscal de un contratista, otras normas también contemplan otros supuestos. Por ejemplo, este es el caso de la Ley 418 de 1997, que a partir de su artículo 90 regula lo concerniente a la caducidad del contrato cuando el contratista se relacione con organizaciones armadas al margen de la ley.

Es más que evidente que las últimas disposiciones regulan otro supuesto de declaratoria de caducidad. Así que, si se parte del razonamiento de Dávila, se debería concluir que en todo caso en el cual no se da la caducidad con fundamento en incumplimientos contractuales por parte del contratista no se genera la inhabilidad contemplada en el artículo 8° de la Ley 80.

Sin embargo, no considero suficiente el argumento de Dávila para defender su afirmación. Por el contrario, parece más razonable la idea de que de todos los casos en los que se declara la caducidad del contrato se origina una inhabilidad para contratar con el Estado, en virtud de los literales c) e i) del artículo 8° de la Ley 80. Además, entre las disposiciones referentes a caducidad de la Ley 80 de 1993, de la Ley 418 de 1997 y de la Ley 610 de 2000, lo único que varía son los supuestos de caducidad o el fundamento que da lugar a la misma, pero en ninguna de estas disposiciones se menciona alguna clasificación de la caducidad, lo que significa que todos los supuestos de caducidad mencionados se identifican con las causales de inhabilidad tanto del literal c) como del literal i) del artículo 8° de la Ley 80.

Al intentar explorar otras alternativas que justifiquen la afirmación de Dávila se podría pensar en el principio *non bis in idem*, quizá debido a que el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 ya contempla una sanción. Un primer razonamiento sería el siguiente: en virtud de que ya se contempla una sanción como consecuencia de la responsabilidad fiscal del contratista, al generarle una inhabilidad se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*, debido a que se impone una segunda sanción por los mismos hechos. Sin embargo, el razonamiento anterior no es válido, tal como lo indicó la Corte Constitucional.

En efecto, en la Sentencia C-489 de 1996 se demandó el literal d) del artículo 8° de la Ley 80, no obstante, a pesar de no ser el literal objeto de estudio, la Corte aborda el tema de la doble pena y su conclusión es de provecho para la problemática en cuestión. La Corte afirma que las inhabilidades e incompatibilidades «obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas

al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para esta»¹². En ese sentido, el razonamiento que alude a la vulneración del principio *non bis in idem* no prosperaría.

2. Extensión de la inhabilidad a las sociedades de personas

En este apartado se estudia el literal i) del numeral primero del artículo 8° de la Ley 80 de 1993¹³. En primer lugar, se debe mencionar que dicho apartado regula dos supuestos: el primero, se refiere a la inhabilidad que recae sobre todos los socios que conforman a una sociedad de personas a la cual se le declaró la caducidad, y el segundo supuesto se refiere a la inhabilidad que se extiende a las sociedades de personas que creen aquellos sujetos que ya tienen una inhabilidad producto de la declaratoria de caducidad a la sociedad de personas de la cual hacían parte; así mismo, la inhabilidad se extiende a cualquier sociedad de personas de la cual estos sujetos inhabilitados se hagan socios.

Por otra parte, para determinar el tiempo que dura la inhabilidad contemplada en este literal, se aplica la misma disposición que se tuvo en cuenta para el literal c), es decir, que la inhabilidad se extiende por un término de cinco años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad. En este sentido, si la persona natural que tiene una inhabilidad, debido a que previamente se declaró la caducidad de un contrato celebrado por una sociedad de personas de la cual hacía parte, decide crear una nueva sociedad de personas tres años después de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que le declaró la caducidad, la inhabilidad se le extenderá a esa nueva sociedad de personas por un término de dos años adicionales, es decir, hasta cumplir la totalidad de los cinco años.

En cuanto a lo que se entiende por «sociedades de personas», se debe partir de que el elemento característico de estas es la importancia que se le da a los miembros que la conforman, a diferencia de las sociedades de capital, en las cuales el aspecto económico es el de mayor importancia y las personas que conforman la sociedad pasan a un segundo plano. Es de vital importancia que los sujetos que integran una sociedad de personas se conozcan entre sí y estén al tanto de la

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 489 del 26 de septiembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ «Artículo 8°. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1°. Son Inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...] i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria».

situación legal de los demás integrantes, pues en las sociedades de personas se responde de manera solidaria e ilimitada por las obligaciones de la sociedad, por lo que el respaldo de cada socio es su propio patrimonio.

Dávila, por su parte, considera que por sociedades de personas se entienden: *i)* las sociedades de responsabilidad limitada, aunque hace la salvedad de que frente a ese tipo de sociedad existe una discusión respecto a si deben considerarse en realidad una sociedad de capital; *ii)* las sociedades en comandita simple, y *iii)* las sociedades colectivas. Y agrega que, también se deben incluir en el grupo de «sociedades de personas» a las «empresas unipersonales originadas en la reforma introducida al Código de Comercio (art. 71 L. 222/95)»¹⁴.

En cuanto a los motivos por los cuales el legislador se interesó en crear la causal del literal *i)*, Dávila señala, con base en la ponencia para segundo debate del proyecto de ley 149 de 1992, que la inhabilidad se extiende a los socios con el objetivo de «evitar que las personas inhabilitadas por razón de caducidad evadan efectos»¹⁵. En otras palabras, con esta causal el legislador quería evitar que cuando se declarara la caducidad en una sociedad de personas, los socios no pudieran evadir los efectos de la declaratoria de caducidad, es decir, la inhabilidad, creando nuevas sociedades de personas o uniéndose como socios a otras.

Por otra parte, vale la pena mencionar una idea de Matallana que esclarece la diferencia entre estar inhabilitada una persona natural para contratar con el Estado y a la vez ser representante legal de una sociedad de personas. Esta es una idea que se desliga de una problema planteado por Matallana frente al literal en cuestión —literal *i)* del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993—, según el cual una persona que se encuentra inhabilitada para contratar con entidades públicas, bien sea por haber sido destituida o porque una sentencia de condena lo inhabilitó para desempeñar funciones públicas o porque era socio de una persona jurídica que sufrió la declaratoria de caducidad —este último es el caso que nos interesa en esta ocasión—, puede ser representante legal de una persona jurídica y eso no implica que su inhabilidad se transmita a dicha persona jurídica.

El único motivo por el cual se le extendería la inhabilidad a la sociedad de personas es porque el sujeto inhabilitado además de ser representante legal es socio. En palabras de Matallana: «[...] ante la pregunta de si el representante legal de una persona jurídica se encuentra inhabilitado porque [...] siendo socio de una persona jurídica, la misma sufrió la declaratoria de caducidad, no inhabilita a la

¹⁴ DÁVILA. Op. cit., p. 170.

¹⁵ Ibid., p. 169.

firma que representa. Sólo inhabilitaría a la firma si se demuestra que es a su vez, socio y representante legal [...]»¹⁶.

Por último, lamentablemente en el actuar cotidiano de la contratación pública, el objetivo por el cual se creó esta causal de inhabilidad no se cumple a cabalidad. Pues esa intención del legislador de que mediante esta causal no se evadieran las consecuencias por graves incumplimientos en contratos previos, no tuvo la efectividad esperada, esto debido a la gran posibilidad que se tiene actualmente de crear sociedades de capital, a las cuales no les afectan las disposiciones de los literales objeto de estudio.

Bibliografía

Doctrina

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

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2015. 1281 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Exp. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 41.471. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-569 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁶ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2015. p. 204.