

EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES I: BIENES Y SERVICIOS OFRECIDOS POR LAS ENTIDADES EN CONDICIONES COMUNES¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 dispone: «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». El análisis de la segunda excepción a las inhabilidades e incompatibilidades constituye un avance significativo en la delimitación del régimen, en tanto complementa el estudio de la parte general y de la identificación detallada de cada una de las causales. A continuación se presenta una inquietud acerca del criterio interpretativo que debe aplicarse a esta clase de disposiciones y se presentan diferentes problemáticas que supone la redacción de la excepción que habilita a quienes en principio tienen una capacidad afectada por una inhabilidad o una incompatibilidad.

Introducción

Superado tanto el estudio de las generalidades sobre las inhabilidades e incompatibilidades como el análisis detallado de cada una de las causales identificadas en el régimen, resulta necesario determinar la noción, el sentido y el alcance de las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. Dicho de otra manera, con esta sesión el CEDA inicia el estudio de las *excepciones a las excepciones*, como se explica en seguida. Para iniciar, las excepciones están dispuestas, principalmente, en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, y en esta ocasión se estudia la aplicable a los contratos sobre los bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten. Para la precisión del análisis, el artículo 10 preceptúa: «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

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* 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: *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

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

entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten».

Profundizar en las consideraciones acerca de las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades representa un gran aporte a la discusión de esta clase de disposiciones, pues la doctrina y la jurisprudencia no se han ocupado de ello³. Si las reflexiones o los pronunciamientos alrededor de las causales son insuficientes, menor cantidad de perspectivas se encuentran sobre las excepciones, de manera que acercamientos como este posibilitan prever las diferentes problemáticas de aplicar estas estructuras jurídicas. De manera que en las siguientes líneas existe un importante aporte a la actividad contractual de la Administración, que en bastantes escenarios actúa sin la existencia de aportes significativos sobre las normas que constituyen su hoja de ruta.

1. La *excepción de la excepción*: alcance del artículo 10 de la Ley 80 de 1993

En los ordenamientos de la familia continental, profundamente influenciados por las necesidades comerciales del sistema capitalista, las reglas sobre transacción de bienes y servicios se han caracterizado por ser expresión de libertades, en la medida en que se ha interpretado que solo con ellas es posible mantener un funcionamiento económico eficiente. En otras palabras, en sistemas jurídicos como el nuestro funcionan en procura de la facilitación del comercio, en el sentido de que el constructo jurídico permite que se realicen actos y negocios de manera general, y excepcionalmente establecen limitaciones a las relaciones entre los distintos sujetos. Con lo anterior se confirman propuestas teóricas que presentan la utilización de instituciones históricas como herramientas funcionales a las necesidades de un esquema político-económico⁴.

En este contexto, la capacidad jurídica se erigió en nuestro ordenamiento como uno de los estándares de la celebración de negocios jurídicos. Por tal razón el artículo 1503 del Código Civil prescribe que: «Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces». Tal filosofía se ha mantenido en la legislación medianamente reciente, de ahí que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 disponga que «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas

³ Apenas se encontró una sentencia relacionada con la excepción, en la que la insuficiencia de la motivación no permite establecer que el Consejo de Estado haya asumido con detalle las problemáticas de la redacción del artículo 10 (CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 23 de junio de 2005. Rad. No. 17001-23-31-000-2004-00933-01(PI). C.P. Rafael E. Ostau Lafont Pianeta).

⁴ Monateri y Samuel demuestran cómo las instituciones del derecho romano fueron implementadas en los ordenamientos contemporáneos por las necesidades económicas de la modernidad (MONATERI, P. G. y SAMUEL, Geoffrey. La invención del derecho privado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2006. pp. 97-102).

consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». *Ser capaz* jurídicamente para realizar actos y negocios jurídicos, y para usar, disfrutar y gozar bienes, es una de las reglas generales del ordenamiento, en tanto los operadores identifican si sobre un sujeto específico existe alguna excepción que imposibilite la realización válida de estas conductas⁵.

Algunas de las excepciones a esa regla general las constituyen las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto son disposiciones características del derecho administrativo que impiden que los individuos realicen ciertos actos. En el ámbito contractual, estas causales se han considerado incapacidades *especiales* o *particulares*, debido a que suprimen el principio general de la capacidad legal de la personalidad⁶. Pues bien, el EGCAP dispuso *excepciones a la excepción*, en el sentido de que existen ciertos eventos y circunstancias que inaplican las excepciones a la generalidad de contratar con el Estado. En otras palabras, las disposiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que excepcionan la regla general de la capacidad porque convierten a algunos sujetos en incapaces para realizar determinados negocios, a su vez tienen unas excepciones que configuradas producen el efecto jurídico de restablecer la capacidad de la persona.

Reconocer la anterior relación resulta fundamental para definir la manera en que se deben aplicar tales disposiciones, toda vez que su diferencia implica, a su vez, la aplicación de criterios interpretativos distintos que permitan garantizar las finalidades de unas y otras. En cuanto a las causales de inhabilidad e incompatibilidad, es prácticamente unánime la posición según la cual la interpretación que debe hacerse del contenido de estas disposiciones debe ser restrictivo, lo que significa que el intérprete, en el proceso de atribuir un sentido a la estructura semántica jurídica, no puede incluir supuestos no expresados. Generalmente esto es justificado expresando que las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones a las libertades de los sujetos, lo que implica que los operadores restrinjan sus efectos hasta los términos estrictos de las

⁵ Ospina Fernández y Ospina Acosta expresan que existe una relación estrecha entre la existencia jurídica de un sujeto y la regla general de su capacidad, es decir, de la posibilidad de realizar actos con trascendencia en el derecho. Lo manifiestan en estos términos: «En derecho, persona es algo bien distinto. Según definición también clásica, es todo ente es [sic] capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es un ser, humano o no, que vive en ese mundo especial de las relaciones jurídicas y en el cual la única carta de naturaleza es la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones» (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. 4^a ed. Bogotá: Temis, 1994. p. 29); CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-938 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1194. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

disposiciones, de manera que no se afecten excesivamente los derechos de sus destinatarios⁷.

Lo anterior exige cuestionar: ¿lo mismo debe mantenerse respecto a las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades? En otros términos, ¿el contenido de las excepciones debe identificarse a partir de métodos interpretativos que impidan adicionar supuestos no expresados en estas estructuras semánticas? Una posición afirmativa que solucione estas inquietudes parte por proponer que las excepciones hacen parte del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, lo que significa que los criterios interpretativos aplicables a este subsistema deben mantenerse en cada una de las disposiciones. En ese sentido, si a las causales no se les puede adicionar hermenéuticamente un supuesto no previsto en la literalidad, lo mismo debe hacerse respecto a las excepciones que restablecen una capacidad plena a quienes en principio están impedidos para contratar con el Estado.

Sin embargo, se considera que la anterior posición es insuficiente, por cuanto olvida las finalidades o justificaciones que dan lugar a que las causales se interpreten restrictivamente. En efecto, si se hace un ejercicio invertido sobre las implicaciones de las causales y las excepciones, la conclusión no debe ser otra que la interpretación extensiva debe ser la que prime sobre estas últimas. Como las causales afectan los derechos de sus destinatarios, las excepciones generan un escenario jurídico absolutamente opuesto, en la medida en que habilitan a sus destinatarios. De este modo, en lugar de restringir derechos, amplían nuevamente la capacidad limitada de los destinatarios, por lo cual los intérpretes deben resolver las dudas que se presenten en la aplicación de estas disposiciones en favor de los sujetos implicados. Si el ordenamiento prevé circunstancias en las que considera que no existe razón para evitar que una persona contrate con el Estado, los operadores deben ser consecuentes con estas decisiones y encontrar el significado

⁷ Al respecto, Dávila Vinueza plantea: «En cuanto son prohibiciones para contratar y, por ende, limitan la libertad de las Personas, su interpretación, en concepto de la inmensa mayoría de nuestra doctrina y aun de nuestros Tribunales, ha de ser estrictamente restrictiva. Quiere decir que cuando una situación determinada, por lógica que parezca, no encaja perfectamente con la premisa mayor de la disposición, no es dado al interprete aplicarla a la situación determinada. Significa que la analogía no es admitida y taxativas son las causales legales de inhabilidad e incompatibilidad» (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148). El Consejo de Estado lo ha planteado en términos de la aplicación del principio hermenéutico *pro libertate* (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.507. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón); COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-239 de 2020.

de las estructuras que más potencien los derechos de los beneficiados con la excepción.

A la anterior posición subyace un razonamiento coherente con las finalidades para las cuales existen tanto las inhabilidades e incompatibilidades como las excepciones a estas. Las primeras existen porque los actos económicos relacionados con la Administración no se equiparan con los de los particulares, por lo cual se establecen una serie de prohibiciones adicionales que garantizan finalidades superiores, como lo es la moralidad en la gestión de los recursos públicos. En contraste, las excepciones se disponen debido a que existen circunstancias en las que se considera que no existe necesidad de aplicar estos controles, porque no existe una amenaza virtual excesiva sobre los fines que debe perseguir el Estado en la contratación de sus entidades. Como corolario de lo anterior, se justifica que la interpretación de las excepciones sea extensiva, en tanto facilita el tránsito de bienes y servicios en los que hace parte activa la Administración.

2. Excepción de los bienes y servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten

Lo primero que debe decirse acerca de la excepción es que claramente aplica a la contratación. Si bien la expresión transcrita antes no emplea la palabra *contratar*, la conjunción «o» une el escenario de la primera excepción relacionada en el artículo 10, que es la aplicable a «[...] las personas que contraten por obligación legal [...]». Por lo anterior, claramente la excepción a las inhabilidades e incompatibilidades, aplicable a quienes adquieran bienes o servicios ofrecidos por las entidades en condiciones comunes al público, se refiere a contrataciones. Interpretarlo en un sentido diferente no tendría sentido respecto a la ubicación de la disposición en el orden jurídico, en tanto complementa este régimen del EGCAP. Además de lo anterior, no existen muchos elementos para acercarse a su análisis. Entre lo poco, Palacio Hincapié manifiesta:

«Cuando la persona lo haga para utilizar los bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten. Esta excepción mira básicamente a que las personas que están inhabilitadas por ley para celebrar contratos con las entidades estatales puedan gozar de los servicios que presta el Estado para todas las personas, como son los servicios públicos. En este sentido, el artículo 134 de la Ley 142 de 1994, señala que cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tiene derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios. cuando se habla de bienes, que se ofrezcan al público en igualdad de condiciones, permite que aun puedan adquirirse bonos o acciones de los que saque al mercado la entidad. Tal expresión, no habilita al funcionario, por ejemplo, para adquirir los bienes que se dan

en pública subasta, pues el procedimiento de selección que allí se sigue apareja el manejo de intereses que contravienen el espíritu de la contratación»⁸.

El autor presenta una lectura general de la disposición, planteando una serie de eventos que considera se encuentran incluidos en el supuesto de hecho. Sin perjuicio de lo anterior, la norma presenta una serie de expresiones que pueden generar equívocidad, de manera que se debe precisar su sentido. En primer lugar, el artículo 10 inicia de la siguiente manera: «No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades *de que tratan los artículos anteriores* [...]» (énfasis adicional) ¿La frase destacada tiene la consecuencia de limitar las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades del EGCAP? En un sentido estrictamente literal, esta es la conclusión más acertada, ya que al referirse a los artículos anteriores no incluye las causales que están en otra normativa, como las de la Ley 1474 de 2011, el Código Penal, la de la Ley 2097 de 2021, entre otras. No obstante, esta dificultad puede solucionarse con una interpretación sistemática, habida cuenta que la causal del literal a) del numeral 1 del artículo 8 prescribe que son inhábiles para contratar todas las personas que se hallen inhabilitadas por la Constitución y las leyes⁹. Se ha interpretado que esta causal tiene como efecto incluir la totalidad de causales de inhabilidad dispuestas en el ordenamiento, aún cuando no estén en el EGCAP. Por consiguiente, la remisión que realiza la causal del literal a) hace que al leer la expresión *de que tratan los artículos anteriores* incluya las que están en otra normativa.

¿Sucede lo mismo con las causales de incompatibilidad? Nótese que el numeral 1 y el literal a) exclusivamente se refieren a las inhabilidades, de manera que el anterior razonamiento no puede aplicarse a las incompatibilidades. Pese a esto, si se admite la posición del anterior acápite, según la cual las excepciones no deben interpretarse restrictivamente, sino extensivamente, debe concluirse que las excepciones también aplican a las incompatibilidades no dispuestas en el EGCAP ¿Existe una razón de fondo o sustancial para aplicar el beneficio solo a una clase de prohibiciones y no a otra? Esta inquietud adquiere mayor importancia cuando se admite que aún no se tienen criterios claros y suficientes con los cuales diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, por lo cual algunos incluso consideran que la distinción es apenas semántica. En gracia de discusión, asumiendo que puede encontrarse una diferencia identitaria entre unas y otras, ambas comparten la finalidad de impedir que algunas personas contraten con el Estado porque pueden afectar la moralidad pública o porque no se consideran

⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª. Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2020. pp. 169-170.

⁹ La causal dispone: «Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes».

idóneos para ser contratistas. En consecuencia, el beneficio de exceptuar debe aplicarse tanto a las inhabilidades como a las incompatibilidades que no están en la Ley 80 de 1993, aún cuando no exista una disposición como el literal a) que remita a todas las incompatibilidades existentes en el ordenamiento¹⁰.

Un segundo problema que supone la redacción del artículo 10 radica en la expresión «[...] *las entidades a que se refiere el presente estatuto [...]*» (énfasis adicional). Las entidades a las que se refiere la frase transcrita son las del artículo 2, lo que implica una problemática respecto a un buen número de las entidades que tienen regímenes especiales de contratación. Fíjese que el artículo 2°, además de relacionar las entidades que tradicionalmente contratan mediante el régimen general, prescribe también acerca de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que tengan una participación pública mayoritaria, e incluso extiende su definición a cualquier entidad descentralizada que tenga esta misma participación ¿Qué sucede con las entidades no incluidas en esta definición? Piénsese en las empresas sociales del Estado o en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación pública minoritaria.

Nuevamente surge la tensión entre las dos posiciones interpretativas que pueden asumirse ante estas problemáticas. Si se interpreta restrictivamente, la conclusión no puede ser otra que la excepción para contratar no aplica a algunas entidades exceptuadas del EGCAP. Esto significaría que el planteamiento de Palacio Hincapié no sería correcto, por cuanto la prestación de servicios públicos domiciliarios está en la mayoría de los casos –porque también los pueden prestar otras entidades– a cargo de entidades exceptuadas que no están relacionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. En contraste, asumir la interpretación extensiva, con fundamento especialmente en el razonamiento según el cual el beneficio de habilitar al que en principio tiene reducida su capacidad debe ampliarse al máximo, implicaría dejar de leer la expresión que genera la problemática y concluir que la excepción aplica a todas las entidades del Estado. Esta posición no resulta absolutamente convincente, pero el operador jurídico debe tener en cuenta ambos planteamientos para decantarse por una u otra opción.

Una problemática final que supone la redacción del artículo radica en la palabra «*usar*». Conforme a esta, ¿las entidades deben verificar que las personas que adquieran bienes o servicios que ofrezcan en condiciones comunes al público sean realmente *usadas* por quienes las contraten? El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el uso con dos acepciones: por un lado, como «Utilización, aprovechamiento», y por el otro como «Derecho real que confiere a su

¹⁰ Posición similar planteó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando se le preguntó si una empresa pública podía vender bienes a servidores públicos (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de julio de 2001. Rad. No. 1.360. C.P. Augusto Trejos Jaramillo).

titular la facultad de percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta se aumente»¹¹. Según este, el uso es aquella facultad de disfrutar los bienes, de acuerdo a las formas en que se le puede encontrar una función en la realidad. Esto resulta acorde a la propiedad absoluta del derecho de dominio sobre los bienes, también conocida como *abutendi*, que supone necesariamente la posibilidad de que el propietario utilice el bien¹².

De modo que, frente al derecho de dominio, no existe ninguna duda acerca de que el propietario usa el bien, incluso aunque en la realidad lo adquiera y no lo utilice, porque la propiedad de uso de ese derecho hace que pueda suponerse con facilidad. No obstante, lo mismo no sucede con la prestación de servicios, en los que la persona no tiene derecho de dominio sobre estos. Piénsese en el evento en que una entidad presta servicios públicos en condiciones comunes al público: ¿las entidades tendrán que verificar que efectivamente quienes están inhabilitados o incurso de una causal de incompatibilidad *usen* el servicio prestado? De hecho no se encuentran muchas más formas en que puede interpretarse la expresión, de manera que las entidades deben inaplicarla y dejarla de leer o establecer mecanismos para identificar el uso que se le da al servicio prestado.

Bibliografía

Jurisprudencia

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-938 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de julio de 2001. Rad. No. 1.360. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 23 de junio de 2005. Rad. No. 17001-23-31-000-2004-00933-01(PI). C.P. Rafael E. Ostau Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 16.306. C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Uso2 [En línea]. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/uso2>

¹² VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. 12^a ed. Bogotá: Temis, 2010. p. 202.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.507. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-239 de 2020.

Doctrina

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

MONATERI, P. G. y SAMUEL, Geoffrey. La invención del derecho privado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2006. 266 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. 4ª ed. Bogotá: Temis, 1994. 621 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª. Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2020. 860 p.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. 12ª ed. Bogotá: Temis, 2010. 586 p.

