

ÁMBITO DE COBERTURA: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES A LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS Y A LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DECRETO 092 DE 2017¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. Las inhabilidades e incompatibilidades no son exclusivas del régimen contractual previsto en la Ley 80 de 1993, en tanto las finalidades y los propósitos que persiguen exceden la clasificación que el ordenamiento realiza. En efecto, los principios de igualdad y moralidad –transversales a la actuación del Estado– permiten que, independientemente del régimen sustantivo, estas prohibiciones sean aplicables. El texto analiza su ámbito de cobertura, enfocándose especialmente en las normas que las extienden a las entidades exceptuadas del EGCAP –artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– y a los convenios derivados del artículo 355 superior, suscritos con entidades privadas sin ánimo de lucro –artículos 6o, 7o y 8o del Decreto 092 de 2017–.

Introducción

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades es una regulación transversal a la contratación del Estado, independientemente de las normas sustantivas aplicables. Esta conclusión es racional, puesto que, aun cuando existen discusiones y diferencias en torno al alcance de las causales, se acepta de forma general que estas prohibiciones protegen, por ejemplo, principios como la moralidad administrativa y la igualdad, que son exigibles en cada procedimiento contractual, sin distinción de la normativa que lo regule.

A continuación se estudian las disposiciones que extienden las inhabilidades e incompatibilidades a las entidades exceptuadas del EGCAP y a los convenios derivados del artículo 355 superior, suscritos con entidades privadas sin ánimo de lucro, cuestionando, por un lado, el alcance de la aplicación del régimen, esto es, analizando si ello supone solo la extensión del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 –y las demás causales dispuestas en el ordenamiento jurídico– o

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 23 de octubre 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 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 V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

si también incluye las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes y los efectos en la validez del contrato. Por otro lado, también se analizan las dificultades para *aplicarles* a las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 o a los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017 causales de inhabilidades e incompatibilidades que parecieran establecerse solo en términos de las entidades sometidas al EGCAP, en razón a la falta de precisión legislativa.

1. Análisis de las disposiciones que extienden las inhabilidades e incompatibilidades a las entidades exceptuadas del EGCAP y a los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017

Las finalidades del régimen de inhabilidades e incompatibilidades han sido razones suficientes para que este tipo de prohibiciones se contemplen en todos los estatutos contractuales. Por ejemplo, los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del Decreto Ley 150 de 1976 y los artículos 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Decreto Ley 222 de 1983 establecían las causales, sus excepciones, las consecuencias frente a los contratos por desconocerlas y los medios para comunicar quién era inhábil o tenía una incompatibilidad.

Actualmente, admitir que existen unas prohibiciones particulares –y derogatorias del derecho común–, propias de la contratación pública en general, independientemente del régimen contractual aplicable, no pareciera discutible, puesto que hay dos disposiciones que las extienden, satisfaciendo las exigencias constitucionales que protegen los recursos públicos. De esta forma, aun cuando en vigencia de la Ley 80 de 1993 original podría haberse discutido si las entidades exceptuadas o los contratos suscritos en virtud del artículo 355 de la Constitución Política debían aplicar normas propias del EGCAP, ahora existen varias disposiciones que aclaran el tema, restando toda duda sobre la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007³ se enmarca en el Título II, denominado «disposiciones generales para la contratación con recursos públicos». Allí se establecen los principios generales de la actividad contractual para las entidades excluidas del EGCAP, señalando que aun cuando exista un régimen contractual distinto, este deberá respetar los principios de la función

³ «Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y *estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*» (cursivas fuera del texto).

administrativa y de la gestión fiscal –artículos 209 y 267 de la Constitución Política– y someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. De esta forma, por ejemplo, aun cuando la inmensa mayoría de causales de inhabilidades e incompatibilidades se encuentre en un artículo de una legislación que no les es aplicable, las entidades exceptuadas deberán acatarlas.

En el proyecto de la Ley 1150 de 2007 se señaló que se debían introducir medidas que les permitieran a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión y corregir algunas fallas que derivaban en espacios aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales. Por lo tanto, se propuso adoptar «medidas legislativas» aplicables a toda contratación efectuada con recursos públicos, con independencia de su régimen legal, asegurando los principios constitucionales de la función pública y aplicando las normas relativas a las inhabilidades e incompatibilidades. «En puntos tan cardinales, no puede haber excepción alguna»⁴.

Aun cuando podría sostenerse que cualquier régimen contractual distinto al del EGCAP se somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el caso de los convenios derivados del artículo 355 superior, existen unas disposiciones adicionales y específicas que lo extienden: *i)* el artículo 6o del Decreto 092 de 2017 dispone que: «Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto», *ii)* el artículo 7o *ibidem* establece que: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables [...]» y *iii)* el artículo 8 prescribe lo siguiente: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto».

Ahora bien, aunque en principio estas disposiciones no generan dudas sobre la aplicación a cualquier contrato de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, se discute si a las entidades exceptuadas y a los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017 también les aplican las demás normas que se refieren al tema. La problemática consiste en delimitar esta cobertura, es decir,

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 458 del 1 de agosto de 2005. [En línea]. Consultado el 17 de octubre de 2021. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2002-2006/2005-2006/article/33-por-la-cual-se-modifica-la-ley-80-de-1993-br-estatuto-de-contratacion-de-la-administracion-publica>

definir qué compone este régimen: ¿solo las causales del artículo 8?, ¿también las causales dispersas en el ordenamiento jurídico?, ¿esa extensión del régimen también incluye las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes y los efectos de suscribir un contrato estando o teniendo esa condición?

En primer lugar, piénsese en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que, como se vio, les extiende «el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal» a las «entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

Dependiendo de lo que se conciba como «*régimen de inhabilidades e incompatibilidades*» se le dará un alcance específico a esta norma, puesto que si se entiende como todo aquello que refiera a este tipo de prohibiciones no solo se incluirán las causales del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, ni las demás dispersas en el ordenamiento, sino también lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes –artículo 9 *ibidem*–, la lista de excepciones –artículo 10 *ibidem*– y las consecuencias en la validez del contrato –artículo 44, numeral 1º, *ibidem*–. De lo contrario, si se entiende solo lo relativo a las causales, las demás disposiciones mencionadas no les serían aplicables a las entidades exceptuadas.

En esta oportunidad, si bien se defiende la interpretación restrictiva de las disposiciones que restrinjan derechos fundamentales, se considera que el mismo significado natural y obvio de las palabras evidencia que el *régimen* incluye *todas* las disposiciones que las desarrollen, y no solo aquellas que prescriban los supuestos de hecho prohibitivos. El Diccionario de la Lengua Española define «régimen» como «2. m. Conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una actividad»⁵, de manera que, como se señaló, *todas* las normas que rijan las inhabilidades e incompatibilidades configuran el «régimen» aplicable a las entidades exceptuadas del EGCAP.

No obstante, aun cuando se aceptara esta postura, persiste una dificultad. Recuérdese que las entidades exceptuadas del EGCAP se rigen por las normas civiles y comerciales, de manera que los aspectos derogatorios de este régimen solo son exigibles a las entidades descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Particularmente, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece las «causales de nulidad absoluta» de un contrato estatal, y si bien remite a los casos previstos en el derecho común, agrega otros. En su numeral 1º prescribe que son nulos los contratos que: «Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley». Aquí se cuestiona si la

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Régimen. [Consultado el 17 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/r%C3%A9gimen?m=form>

mención de las inhabilidades e incompatibilidades extiende incluso esta norma a las entidades exceptuadas, aun cuando ellas cuentan con una disposición en el Código Civil. Al respecto, se sostendrá que, si se considera que la palabra «régimen» es omnicompreensiva de las normas que las referencien, se tendría que concluir que esta causal de nulidad también les aplica a las entidades exceptuadas.

En principio, este sería tan solo un problema aparente, pues el artículo 1741 del Código Civil, cuando hace referencia a la nulidad absoluta, dispone que: «Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces». En esos términos, si se asume que las inhabilidades e incompatibilidades son instituciones que condicionan la capacidad jurídica, tanto para las entidades exceptuadas como para las sometidas, entonces aun cuando aquellas no aplicaran el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 igualmente tendrían prohibido contratar con personas incursoas en esas prohibiciones.

Lo anterior se complejiza con el artículo 45 *ibidem*, que contempla una facultad excepcional –que a su vez es un deber– para el jefe o representante legal de la entidad sometida al EGCAP que evidencie la configuración de la causal de nulidad del artículo 44, numeral 1º, pues deberá «dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre». Aunque en estricto sentido no podría señalarse que se permite *declarar* la nulidad, es indudable que esta facultad ni siquiera se contempla en el ordenamiento civil y comercial, por lo que las entidades exceptuadas, como en el caso anterior, no podrían apoyarse en unas disposiciones que allí se encuentren para llegar al mismo escenario jurídico.

Así las cosas, ¿puede una entidad exceptuada, con la extensión del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, terminar unilateralmente un contrato, sin que medie pronunciamiento judicial previo? Aquí se sostendrá que no, aunque se reconoce que se puede incurrir en algún tipo de contradicción porque la norma menciona las «inhabilidades e incompatibilidades». No obstante, se considera que, por un lado, la potestad que introduce el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 se relaciona con el «régimen de las nulidades», más que con el de las prohibiciones estudiadas, y por otro, a partir de la competencia de la Administración, se tiene que: *i*) la posibilidad de «terminar unilateralmente» el contrato es propia de las entidades sometidas –y de su régimen derogatorio del derecho común, y por ende garante de una relación disímil en procura de los intereses públicos–, de manera que extenderla a las exceptuadas –con las cuales se pretende una relación de igualdad con el particular en el escenario contractual– parecería más una interpretación analógica del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que desconoce el principio de legalidad estricto de la Constitución Política –artículo 6– y, además,

ii) si bien se trata de una facultad, también es un deber del representante o del jefe de las entidades sometidas al EGCAP, por lo que mal se haría en sancionar, por ejemplo, a un representante o jefe de una entidad exceptuada por una obligación que no le resulta aplicable.

En segundo lugar, en el caso del Decreto 092 de 2017 se tiene que el análisis hecho para las entidades exceptuadas no es completamente equiparable, porque en su artículo 6 no remite al «régimen de las inhabilidades e incompatibilidades», sino a «las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial». En esa medida, la pregunta por la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, la lista de excepciones y las consecuencias en la validez del contrato, persisten, pues no se hace referencia a una palabra comprensiva de todas las disposiciones, como lo es «régimen», sino a las prohibiciones consideradas individualmente.

Esta problemática puede abordarse a partir de dos posturas: *i)* una interpretación «lógica» y «finalista» permitiría sostener que, como incluso se vio en la Exposición de Motivos de la Ley 1150 de 2007, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se aplica a todos los contratos estatales, por el simple hecho de que se empleen recursos públicos, los cuales deben ser protegidos, erradicando todo escenario de corrupción. Mientras que *ii)* una interpretación restrictiva señalaría que como la norma solo se refiere a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, no se incluye toda disposición que las mencione, sino los supuestos de hecho del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y las demás causales que ingresan por el numeral 1, literal a).

Para escoger una u otra interpretación se advierte que el razonamiento no es el mismo que cuando se analiza el alcance de las causales, puesto que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no incluye necesariamente aspectos que restringen derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en las mismas excepciones del artículo 10 *ibidem*, que lo que hacen es condicionar las prohibiciones, devolviendo la capacidad jurídica para contratar en ciertos casos específicos. Se trata, entonces, de aspectos que de ningún modo deben interpretarse de forma restringida. Ahora, ello no obsta para sostener que la aplicación operativa de esta disposición, en un régimen distinto al del EGCAP, supondrá serios desafíos de adaptación.

A partir de lo anterior podría optarse por una interpretación dependiendo del contenido, esto es, acudir a una interpretación más o menos flexible de acuerdo con las repercusiones en los derechos. De esta forma, por ejemplo, aunque las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades –artículo 10– sí

podrían extenderseles a los contratos del artículo 355 superior, los efectos de la validez del contrato se analizarían con reserva.

No obstante, aun cuando resulta un esfuerzo grande, se considera que de una u otra forma deberá prevalecer la interpretación que extienda todo el régimen, y no solo los supuestos de hecho, porque, dejando de lado las finalidades que persigue y la lógica y racionalidad del legislador al extenderlas a los contratos estatales, el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que: «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». En ese sentido, si se asumiera que el artículo 6 del Decreto 092 no extiende por sí mismo las demás disposiciones relacionadas, sí lo haría el artículo 8 *ibidem*, teniendo en cuenta que, en el ejemplo anterior, este cuerpo normativo no se pronuncia sobre las nulidades de dichos contratos.

Ahora bien, un último problema se desarrolla a partir del mismo artículo 6 del Decreto 092. Recuérdese que allí se remite a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial. Cuando se piensa en un par de causales específicas, como por ejemplo la establecida en el artículo 6 de la Ley 2097 de 2021, se discute si es viable considerar que este cuerpo normativo, «por medio de la cual se crea el registro de deudores alimentarios morosos (Redam) y se dictan otras disposiciones», modifica, aclara, adiciona o sustituye las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

En estricto sentido, la temática general de la Ley 2097 de 2021 es distinta a las demás; sin embargo, por la falta de técnica legislativa, es usual encontrar causales de inhabilidades e incompatibilidades en leyes que ni siquiera se enfocan en la contratación estatal. En consecuencia, se considera que el artículo 6 de la Ley 2097 sí adiciona el artículo 8, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, aun cuando el propósito de la ley en general no era complementar el EGCAP.

2. Análisis de la aplicación de cada causal de inhabilidad e incompatibilidad a las entidades exceptuadas del EGCAP y a los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017

Estudiados los aspectos generales de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades exceptuadas del EGCAP y a los convenios regidos por el Decreto 092 de 2017, suscritos con entidades privadas sin ánimo de lucro, se plantea una clasificación teórica de cada causal en los siguientes grupos: *i)* causales que no suponen problemas interpretativos relacionados con el

ámbito de cobertura discutido, *ii*) causales que tienen una problemática considerable, cuya aplicación depende del criterio hermenéutico empleado y *iii*) causales que para aplicarse requieren que el operador jurídico *complemente* lo que considere *incompleto*, haciéndole *decir* a las disposiciones lo que no necesariamente *dicen*.

La anterior distinción requiere un comentario transversal para clarificar ideas: si bien todas las causales de inhabilidad e incompatibilidad generan una incapacidad para contratar, predicable respecto de entidades sometidas y exceptuadas y aplicables en los convenios del artículo 355, cuando se analiza su «armonía», se piensa en si frente a otros sujetos se puede configurar el supuesto de hecho que las configura. De otro modo, si se asume que una entidad exceptuada no puede declarar la caducidad, ello no implica que la declaratoria realizada por una entidad sometida previamente, y la consecuente inhabilidad generada, no le sean aplicables.

Aclarada esta situación, en el *primer* escenario están las causales que no suponen problemas interpretativos, relacionados con el ámbito de cobertura discutido. Aquí se encuentra: *i*) el artículo 122 de la Constitución Política⁶, que hace referencia a la prohibición de celebrar de *contratos con el Estado*, para quienes, entre otras calidades, hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio público, de manera que la inhabilidad no se cualifica dependiendo del régimen contractual aplicable.

ii) El artículo 8, literales a), d), e), f), j), k) y «k) (sic)» del numeral 1 y literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 2⁷, no genera mayores discusiones, en la

⁶ En lo pertinente, el artículo 122 de la Constitución Política dispone que: «[...] Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior».

⁷ Aunque no se transcribirá la totalidad de los numerales por lo extenso que transformaría el pie de página, para efectos pedagógicos se exponen algunos de los mencionados: «Artículo 8º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

»a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. [...]

»d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

»e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

»f) Los servidores públicos. [...]

»a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron

medida en que referencian supuestos de hecho que pueden aplicarse ante entidades exceptuadas y en el caso de los convenios derivados del Decreto 092 de 2017. De esta forma, no se exige ni se mencionan atributos propios y exclusivos de las entidades sometidas al EGCAP.

iii) El artículo 60 de la Ley 610 del 2000⁸ tampoco representa un desafío, en tanto la prohibición se dirige a *cualquier* representante legal, nominador y funcionario competente, encargado de celebrar cualquier tipo de contrato.

iv) El artículo 90 de la Ley 1474 de 2011⁹ prohíbe contratar con quienes hayan incumplido reiteradamente obligaciones de un *contrato estatal*. Nuevamente, aquí no se cualifican los negocios jurídicos, ni se supeditan a un régimen contractual específico. No obstante, se resalta la siguiente problemática: las entidades exceptuadas no pueden pactar las cláusulas derogatorias al derecho común, como lo son las multas y las declaratorias de incumplimiento, de manera que no podrán configurarlas en sede administrativa, sino que necesitarán declaratoria en sede judicial.

v) El artículo 183 de la Ley 1801 de 2016¹⁰ establece, como una consecuencia por el no pago de multas, la imposibilidad de suscribir o renovar contratos con *cualquier entidad del Estado*. Esta norma fue específica, pues además de no realizar distinciones entre regímenes contractuales, se refirió a las entidades estatales en términos generales.

funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro [...].

⁸ El artículo 60 de la Ley 610 del 2000 establece que: «[...] Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín».

⁹ «Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

»a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;

»b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;

»c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales. [...].

¹⁰ «Artículo 183. Consecuencias por el no pago de multas. Si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona no podrá:

»4. Contratar o renovar contrato con cualquier entidad del Estado».

vi) El artículo 6 de la Ley 2097 de 2021¹¹ contempla las consecuencias contractuales para el deudor alimentario moroso, refiriéndose a la *contratación el Estado*, y no a la contratación con algún tipo de entidad específica.

En el *segundo* escenario están las causales que tienen una problemática considerable, y cuya aplicación depende del criterio hermenéutico empleado. Aquí se encuentran, por un lado, el artículo 8, numerales 1° y 2°¹², y por otro, el mismo artículo 8, numeral 1°, literales b), c), g), h) e i)¹³. Por un lado, si se asume una interpretación armónica, lógica y finalista, se sostendría que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 extendió cualquier causal de inhabilidad e incompatibilidad, aun cuando se mencionen palabras propias del EGCAP. De esta forma, cuando se hace referencia a la «licitación», se están incluyendo todos los procedimientos de selección, incluso los dispuestos en los manuales de las entidades exceptuadas. Para apoyar esta conclusión, se destaca el artículo 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe que: «Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable».

Por otro lado, bajo una teoría restrictiva, se podría sostener que la licitación incluye un único procedimiento de selección, y que no es posible

¹¹ «Artículo 6°. Consecuencias de la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. La inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos generará las siguientes consecuencias:

»1. El deudor alimentario moroso solo podrá contratar con el Estado una vez se ponga a paz y salvo con sus obligaciones alimentarias. Esta inhabilidad también se predica del deudor alimentario moroso que actúe como representante legal de la persona jurídica que aspira a contratar con el Estado. [...]».

¹² «[...] 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: [...]

»2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: [...]»

¹³ «b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

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

»g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.

»h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

»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».

entender los procedimientos de participación abierta, propios de las entidades exceptuadas, según lo dispuesto en el artículo 30, parágrafo, de la Ley 80.

Aun cuando se trata de una discusión jurídica pendiente por resolver, se reconoce que la postura mayoritaria parece ser la que entiende por «licitación», para estos efectos, a todo procedimiento de selección, optando por un criterio histórico y lógico de la norma. Si bien se entiende como la medida más racional y beneficiosa para los recursos públicos, no se deja de cuestionar la labor del operador jurídico, al complementar las fallas del legislador.

En el *tercer* escenario están las causales que para aplicarse requieren que el operador jurídico complemente lo que considere incompleto. Aquí se encuentra el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011¹⁴, donde se hace referencia a procedimientos de selección imprecisos, puesto que incluso no están nominados así para las entidades sometidas al EGCAP, como son la «subasta pública» y el «concurso».

Quien acepte aplicarlos deberá argumentar a partir de una perspectiva finalista, señalando que la enunciación de estos procedimientos no fue intencional por el legislador, y que este quería incluirlos a todos. Quien niegue esta posibilidad, pero la acepte solo si los manuales de contratación mencionan estos procedimientos, estaría condicionando la eficacia de una inhabilidad a un reglamento. Y quien niegue absolutamente esta posibilidad, estaría permitiendo un escenario de desigualdad, porque conductas reprochadas por el legislador y sancionadas con la prohibición para contratar, solo le serían aplicables frente a entidades sometidas al EGCAP. De esta manera, las anteriores son dificultades inherentes a la forma como el legislador reguló esta inhabilidad.

En suma, aun cuando la inmensa mayoría de causales pueden aplicárseles a las entidades exceptuadas y a los convenios del Decreto 092 de 2017, no se pierde de vista que la falta de técnica legislativa ha generado espacios de debate, que complejizan la labor del operador jurídico.

Bibliografía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 458 del 1 de agosto de 2005. [En línea]. Consultado el 17 de octubre de 2021. Disponible en:

¹⁴ «Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

»El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años. [...]».

<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2002-2006/2005-2006/article/33-por-la-cual-se-modifica-la-ley-80-de-1993-br-estatuto-de-contratacion-de-la-administracion-publica>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Régimen. [Consultado el 17 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/r%C3%A9gimen?m=form>

