

INHABILIDADES SOBREVINIENTES: UNA APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 80 DE 1993¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El legislador estructuró un listado amplio de causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así como en múltiples disposiciones dispersas en el ordenamiento. Previó, además, que estas prohibiciones no surtirían efectos exclusivamente durante la etapa precontractual, sino también en la etapa contractual, permitiendo que estas *sobrevengan* a los contratistas. El texto estudia el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, agotando los diferentes escenarios en que se presentan inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes y las disímiles consecuencias que el legislador impone en cada caso.

Introducción

El Centro de Estudios en Derecho Administrativo —CEDA— estudió exhaustivamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, agotando la casuística que suscita cada una de las causales contenidas en el artículo 8 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— y las demás, dispersas por el ordenamiento jurídico. En esta sesión, se estudia la forma como estas causales *sobrevienen* a los contratistas y las consecuencias que el ordenamiento otorga a los hechos según las características de cada caso. En este sentido, la norma referente será el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, disposición que no tiene antecedente próximo en el Decreto Ley 222 de 1983, ni lejano, en el Decreto Ley 150 de 1976.

En la exposición de motivos de la Ley 80 no se ubican clara y suficientemente las razones que dieron lugar a la posibilidad de que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevengan, por el contrario, el legislador se limita a afirmar que existe un vacío en este asunto que pretende suplirse con la redacción del artículo 9. Pese a esto, es posible afirmar que la finalidad de la norma se inscribe en aquella del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que no es otra que

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 14 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 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 II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

la protección de la moralidad administrativa y los demás principios de la función administrativa y específicamente de la contratación estatal, especialmente, el principio de selección objetiva. A continuación, se analiza la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 y los distintos escenarios en los que se pueden configurar *inhabilidades sobrevinientes*, así como las consecuencias jurídicas que el ordenamiento otorga en cada caso³.

1. Constitucionalidad

El artículo 9 de la Ley 80 prescribe que si llega a sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobre un contratista, este debe ceder el contrato contando con previa autorización escrita de la entidad contratante y, si ello no fuere posible, aquel renunciará a su ejecución. Distingue que cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Además, establece la consecuencia en caso de que la inhabilidad sobrevenga sobre un integrante de un proponente plural —consorcio o unión temporal—, preceptuando que aquel debe ceder su participación a un tercero. Finalmente, el parágrafo primero y el artículo 9-A *ibidem* establecen una consecuencia especial en caso de que la causal que sobrevenga sea la del literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 o cuando el contratista sea sancionado administrativamente por actos de corrupción: la cesión unilateral del contrato. Estas disposiciones fueron integradas al EGCAP en virtud del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, reforma que también incorporó un segundo parágrafo que fue posteriormente declarado inexecutable en los términos que a continuación se relatan⁴.

³ Richard Ramírez presenta una introducción al contenido del artículo 9 que consideramos útil a los fines del texto: «El primero consagra una presunción, un deber y una prohibición, ante la constatación de algunos supuestos de hecho: (i) presume la renuncia del proponente a participar en el procedimiento de selección, y a los derechos surgidos de este, en caso de sobrevenirle una causal de inhabilidad o incompatibilidad. (ii) Impone al contratista ceder el contrato, de sobrevenirle una causal de inhabilidad o incompatibilidad; en caso de que la ejecución del contrato corresponda a un consorcio o unión temporal, y a un integrante le sobreviniere una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se le impone ceder su participación en el consorcio o unión temporal, a un tercero. (iii) Finalmente, prohíbe la cesión del contrato entre los integrantes del consorcio o unión temporal» (RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios en Derecho Administrativo —CEDA—, 2014. p. 63).

⁴ Para mayor claridad, se transcribe el artículo 9 y 9ª en su integralidad: «Artículo 9o. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

El artículo ha sido objeto de revisión de constitucionalidad en dos ocasiones. En primer lugar, la Corte Constitucional declaró exequible la disposición en la Sentencia C-221 de 1996. En esta ocasión la demanda recayó sobre la integralidad de la norma, sin contar aún con las reformas de la Ley 2014 de 2019. El actor señaló que la disposición vulneraba el artículo 13 de la Constitución Política en cuanto que no realiza ningún tipo de distinción entre aquellas causales que sobrevienen sobre los contratistas por situaciones imputables a estos y las que no son imputables al sujeto contratista, por ejemplo, las relacionadas con la ocupación de un cargo público por parte del pariente o cónyuge del ciudadano que ha suscrito previamente un contrato con determinada entidad estatal. En este sentido, imputar las consecuencias de los actos de terceros a un sujeto implica un trato desigual respecto a la limitación del derecho a la capacidad contractual. Al respecto, la Corporación argumentó en contrasentido, afirmó que es precisamente el principio a la igualdad el que obliga a respetar las inhabilidades sobrevinientes, toda vez que el régimen, en general, pretende evitar que existan y persistan relaciones entre el Estado y los ciudadanos que se funden en ventajas individuales, sin distingo de la etapa contractual donde estas se generan⁵.

Posterior a la reforma de la Ley 2014 de 2019, se demandó la inconstitucionalidad de los parágrafos 1° y 2° y del artículo 9A por las siguientes

»Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

»Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

»Parágrafo 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

»Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

»Artículo 9a. Efectos de la declaratoria de cesión unilateral del contrato. En firme el acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción. La entidad que la haya declarado deberá compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia».

⁵ Sobre este asunto, la Corte afirmó: «Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

razones: *i)* el actor no estaba de acuerdo con la expresión «sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil» contenida en la parte final del inciso 1 del párrafo 1°, en su consideración era una medida violatoria de los derechos de los contratistas; *ii)* en atención al segundo inciso del párrafo 1°, argumentó que se otorgaba una competencia a la entidad contratante que violentaba el principio de selección objetiva, en tanto que la potestad de determinar el cesionario del contrato implicaba una suerte de escogencia discrecional o «a dedo»; *iii)* el párrafo 2° disponía que sería el Gobierno nacional el encargado de reglamentar el procedimiento de cesión unilateral del contrato dispuesto en el párrafo 1°, asunto que, según el demandante, violaba la competencia constitucional otorgada al legislador en el inciso final del artículo 150 de la Constitución y *iv)* sobre el artículo 9A, el demandante alegó una ruptura o violación al principio de unidad de materia. La Corte Constitucional solo conoció el cargo referente al párrafo 2° del artículo 9 por la supuesta violación de la reserva de ley en la materia. Frente a los demás cargos se declaró inhibida por ineptitud de la demanda. La Corporación concluyó que, efectivamente, el párrafo 2° otorgaba una competencia al Gobierno que era inexequible, en tanto violentaba la reserva de ley que sobre el asunto recaía, expulsando así la norma del ordenamiento⁶.

Dejando de lado el estudio de constitucionalidad realizado por la Corte, es preciso indagar nuevamente sobre el cargo que formuló el demandante en la Sentencia C-221 de 1996, que, a mi modo de ver, es el más problemático, esta vez, desde una perspectiva ajena a la condición de la norma como exequible o no, y cercana a una perspectiva de razonabilidad y conveniencia legislativa. El concepto de *inhabilidades sobrevinientes* es una novedad legislativa que, según destaca el legislador, suplió un vacío histórico en la aplicación de este régimen. Pese a esto, el artículo 9 no formula ninguna distinción en la aplicación de este concepto respecto a las causales de inhabilidad e incompatibilidad; de cierto modo, esto desconoce que algunas prohibiciones surgen con ocasión al reproche de la conducta de un ciudadano —por dar lugar a la caducidad, por actos de corrupción, abstenerse de firmar el contrato estatal adjudicado, por no pagar las multas del Código de Policía— y otras pretenden evitar que el oferente reciba un trato preferencial que pueda llevar al quebrantamiento del principio de selección objetiva en razón a vínculos como el parentesco —literal b), numeral 2 del artículo 8—. En

⁶ Sobre este asunto, la Corporación expresó: « No obstante lo anterior, al margen de que el mecanismo de selección del cesionario correspondiente no puede ser sino el de la selección objetiva que ya regula el EGCP - todo ello, por supuesto, dentro del marco del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad que contempla la Carta Política como reglas mínimas sustantivas inherentes a cualquier procedimiento administrativo y judicial -, la Corte verifica que el reglamento de la cesión contractual que prevé el artículo 9 de la Ley 80 no es un asunto que el Legislativo pueda ordinariamente delegar en el Ejecutivo» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

el primer caso, la prohibición para contratar es producto de una sanción imputable a la conducta del sujeto y en el segundo se trata de una circunstancia objetiva que no está propiamente en su esfera de decisión. En otras palabras, no es lo mismo que sobrevenga una inhabilidad porque un contratista ha incurrido en una conducta proscrita —como un acto de corrupción— a que un contratista se vea en la obligación de ceder el contrato en atención a que su suegro acaba de ser nombrado como un servidor público del nivel directivo en la entidad contratante. Sin duda, en el segundo escenario la conducta del contratista no es determinante para que se configure la inhabilidad sobreviniente.

Aunque esta circunstancia parece injusta, se sostendrá que la medida no solo es constitucional, sino también razonable y conveniente. El régimen de inhabilidades no solo se comporta como un régimen sancionatorio, sino que opera también a modo de «prevención» con fines moralizadores del ordenamiento. En esta medida, otorgar un trato homogéneo a todas las causales de inhabilidad respecto a la posibilidad de que sobrevengan es una regla que cumple en ambos sentidos. Por un lado, evita que se conserven los vínculos contractuales con sujetos que han incurrido en comportamientos moralmente reprochables y que de ningún modo deberían continuar siendo colaboradores de la administración. Por el otro lado, cuando se trata de inhabilidades sobrevinientes que no tienen origen en un reproche, la disposición advierte o previene que los contratistas no adquieran mejores condiciones o asuman posiciones de conveniencia. Por ejemplo, en el caso del contratista que debe ceder el contrato en atención al nombramiento de su suegro, suponiendo que esto no es así y el contrato continuo en su normal ejecución ¿no sería posible que el pariente por afinidad en un cargo directivo relaje o modifique el baremo de control sobre el contrato que ejecuta su yerno? Como esta posibilidad, pueden surgir muchas más donde el contratista se vea favorecido por una condición que no es imputable a su conducta.

2. Inhabilidad sobreviniente durante el proceso de selección, previo al acto de adjudicación

Según el inciso segundo del artículo 9 «Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo». Sobre este escenario es preciso tener en cuenta cuatro ideas: en primer lugar, el inciso segundo no distingue sus efectos de acuerdo al tipo de sujeto sobre el que sobreviene una inhabilidad y participa en el procedimiento de selección. En este sentido, y contrario al inciso tercero, no importa si el proponente es una persona natural o compleja, es decir, una unión temporal o un consorcio, la entidad contratante debe omitir su propuesta. No sobra recordar que el proponente plural se entenderá inhabilitado si tan solo uno de sus miembros se encuentra incurso en una causal, de modo que no es necesario que sobrevenga una inhabilidad sobre

todos los miembros del consorcio o unión temporal para entender que este se encuentra inhabilitado. Sobre este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha reiterado en varias ocasiones lo planteado en Concepto del 4 de septiembre del 2000, expediente 1.283, en los siguientes términos:

«La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente “renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo” (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993). En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, *lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección*» (cursiva fuera de texto)⁷.

En segundo lugar, la actuación a seguir de la entidad contratante en este escenario es el rechazo de la oferta. Dávila Vinueza no comparte esta conclusión y afirma que: «Lo dicho se traduce en que la entidad entiende que no participa más en el concurso y, por ende, no toma en cuenta para ningún efecto la propuesta presentada. *No es un rechazo porque para que ésta [sic] se configure la oferta debe considerarse como legalmente presentada*» (cursiva fuera de texto)⁸. No se comparte la postura del doctrinante pues, de no emitir pronunciamiento alguno en acto administrativo debidamente motivado, se estaría vulnerando el derecho de defensa y el debido proceso del proponente.

En tercer lugar, el inciso prescribe que se entiende una renuncia a los derechos surgidos en el procedimiento de selección, y esto lleva a cuestionar ¿qué derechos surgen durante el dicho trámite? Según Dávila, el único derecho que se puede interpretar es el de ser tratado conforme a la ley que, en su concepto, traduce la evaluación de la propuesta de acuerdo a las reglas emitidas en el pliego de condiciones⁹. Por último, es importante valorar qué sucede si la entidad se percata de la inhabilidad antes y después del informe de evaluación. Si se tiene conocimiento previo a la expedición del documento, la entidad puede prescindir de evaluar la propuesta y exponer el informe las razones por las que no la tiene en cuenta. Si esto sucede luego de la presentación del informe, la entidad debe buscar la forma de retirar la información de dicha propuesta, lo que se traduce en la expedición de un nuevo informe de evaluación.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Rad. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3^a ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 159.

⁹ Ibid.

3. Inhabilidad sobreviniente luego de la adjudicación y antes de la suscripción del contrato

El artículo 9 de la Ley 80 es claro en determinar consecuencias jurídicas en caso de que sobrevenga una inhabilidad durante el trámite del procedimiento de selección y durante la ejecución del contrato. Sin embargo, existe un escenario que puede considerarse como una zona de penumbra entre la etapa precontractual y la etapa contractual, esto es, después de que se emite el acto de adjudicación del contrato y previo a la suscripción del mismo. El acto de adjudicación es un acto administrativo irrevocable —por regla general—, que produce una obligación para la entidad contratante y el proponente al cual le es adjudicado el contrato: la suscripción formal del mismo. Sería ilógico permitir que un sujeto al cual el ordenamiento le ha limitado su capacidad contractual celebre un contrato por la obligación contenida en un acto administrativo de la entidad contratante. Es claro que el adjudicatario no puede celebrar el contrato, de este modo la solución o consecuencia jurídica propia de este escenario se encuentra en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, reformatoria del EGCAP. El inciso tercero de la disposición *ibidem* prescribe:

«El acto de adjudicación es *irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario*. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, *este podrá ser revocado*, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993».

A su vez, el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 prescribe: «En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad». La conclusión es clara, en caso de que la inhabilidad sobrevenga en el adjudicatario de un contrato estatal, la entidad deberá revocar el acto de adjudicación y «podrá» adjudicar dentro de los 15 días siguientes al proponente calificado en segundo lugar.

Al respecto, existe una problemática interpretativa a partir del condicionamiento que formula la última parte del inciso final del numeral 12 del artículo 30: «siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad» (cursiva fuera de texto). Cuando el legislador utiliza la expresión «igualmente favorable» ¿se refiere a que no debe distar significativamente de la presentada por el primer adjudicatario? A mi modo de ver, el sintagma traduce que, de acuerdo a los principios de la función administrativa y de la contratación estatal,

la segunda propuesta no debe ser igual o significativamente parecida a la inicial pero, de llevarse a cabo, debe cumplir con los fines del contrato y ser favorable —relación precio/calidad— para la entidad. Este asunto solo es posible resolverlo en el caso concreto. Por ejemplo, una entidad realiza un procedimiento de selección para la construcción de un edificio. La propuesta calificada en primer lugar ofrece unos materiales de muy buena calidad que garantizan la estabilidad de la obra por 50 años y tiene un precio de X. La entidad adjudica el contrato y se ve obligada a revocar el acto en atención a una inhabilidad que sobrevino en el adjudicatario. La propuesta calificada en segundo lugar no garantiza la estabilidad de la obra por más de 10 años y tiene un precio de 2/3 de X. En el pliego de condiciones se estableció que la estabilidad de la obra debe garantizarse por lo menos 10 años. En mi concepto, esta oferta no conviene a la entidad estatal y podría abstenerse de adjudicar el contrato a este proponente. Aunque el proponente en segundo lugar cumple con los requisitos del pliego, la propuesta no es «igualmente favorable».

Por otra parte, el artículo 9 de la Ley 1150 no determina una consecuencia diferente en caso de que el adjudicatario sobre el cual sobreviene la inhabilidad sea un sujeto plural —consorcio o unión temporal—. Esto, sin embargo, puede suscitar una discusión sobre el alcance del inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80, el cual prescribe: «Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este *cederá su participación a un tercero* previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal» (cursiva fuera de texto). La norma, en este escenario, puede interpretarse en dos sentidos: primero, realizando una interpretación sistemática del inciso tercero y asumir que los efectos de este no solo se predicán en la etapa contractual, sino también en la precontractual. Acogiendo esta postura, si sobreviene una inhabilidad en un miembro de un consorcio o unión temporal después de la adjudicación y antes de la suscripción de un contrato, es posible que este sujeto ceda su participación a un tercero y el sujeto plural suscriba el contrato.

Por otra parte, es posible concluir del inciso tercero que la posibilidad de ceder la participación se configura exclusivamente en la etapa contractual en atención a la literalidad de la disposición: «En ningún caso podrá haber cesión del *contrato* entre quienes integran el consorcio o unión temporal» (cursiva fuera de texto). Si bien lo que se cede es la participación en el consorcio o unión temporal, el uso del vocablo «contrato» presta una idea sobre la intención del legislador. Se sostiene la última postura, en atención a que la solución al interregno entre la adjudicación y la suscripción del contrato la brinda el artículo 9 de la Ley 1150, donde no se diferencian las consecuencias jurídicas por la calidad de los sujetos. En este sentido, si sobreviene una inhabilidad en este período de tiempo sobre uno de los miembros del sujeto plural adjudicatario, la entidad deberá revocar el acto y podrá adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar.

4. Inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato

El primer inciso del artículo 9 de la Ley 80 prescribe: «Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución». Así mismo, el inciso tercero, anteriormente citado, prescribe que cuando sobrevenga una causal de inhabilidad sobre uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este deberá ceder su participación a un consorcio. A continuación se describe el escenario por excelencia de las inhabilidades sobrevinientes: durante la ejecución del contrato.

En primer lugar, la norma indica que el contratista *cederá* el contrato, previa autorización escrita de la entidad. Richard Ramírez propone una noción de la cesión en materia de contratación estatal que sirve de punto de partida para este análisis: «La cesión en la contratación estatal supone, previa autorización de la entidad contratante, la sustitución *in genere*, total o parcial de una de las partes de la relación jurídica (contratante o contratista) por un tercero, que se subroga en los derechos y obligaciones de aquella, por medio de la modificación del contrato estatal originario»¹⁰. Debe precisarse que el doctrinante realiza un estudio general de la cláusula de cesión en la contratación estatal y, para los fines de este texto, se tomarán solo las ideas relevantes para la aplicación del artículo 9 de la Ley 80.

De esta noción se desprenden los siguientes elementos: *i)* la prohibición de ceder como elemento de la naturaleza de los contratos estatales en virtud del inciso tercero del artículo 41 del EGCAP¹¹; *ii)* la necesidad de autorización de la entidad estatal contratante, según el artículo 41 y el 9 *ibídem*; *iii)* la exigencia de que debe recaer en un tercero que acredite las cualidades requeridas en el pliego de condiciones, el contrato y el ordenamiento jurídico; *iv)* supone la subrogación de una de las partes por un tercero y *v)* implica una modificación subjetiva del contrato y no una novación extintiva del mismo, en otras palabras, se modifica una de las partes de la relación contractual, pero no surge una nueva relación contractual. La cesión en caso de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes siempre será

¹⁰ RAMÍREZ. Op cit., p. 72-73.

¹¹ El inciso tercero del artículo 41 prescribe: «Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante». Cuando se afirma que los contratos estatales son *intuitu personae* debe interpretarse este concepto en sentido lato, pues todo contrato estatal parte de las condiciones especiales de un contratista para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, condiciones que otro proponente pudo haber acreditado de igual forma. En otras palabras, se considera un sujeto especial en tanto que se distingue de aquellos que no cumplen con los requerimientos dispuestos en el pliego de condiciones. Sin embargo, en sentido estricto, un contrato *intuitu personae* es aquel que solo puede ejecutarse por un determinado sujeto en atención a sus condiciones o cualidades personalísimas. Por ejemplo, una obra de arte de Fernando Botero solo la puede elaborar Fernando Botero.

total. El contrato de cesión, en lo no dispuesto por el EGCAP, es regulado por el artículo 887 y siguientes del Código de Comercio.

Un primer asunto problemático en la aplicación del artículo es el siguiente ¿qué sucede con el contrato mientras que el contratista ubica un cesionario? ¿qué término hay para esto? Frente al contrato, es pertinente que la entidad estatal lo suspenda hasta tanto acepte al cesionario que reemplace al contratista inhabilitado, toda vez que la finalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es que los sujetos incurso en las prohibiciones no tengan la calidad de colaboradores de la administración o que se prevengan situaciones ventajosas por parte de los contratistas en todo momento. Por tanto, una vez la entidad se percate de que la inhabilidad sobrevino, debe aplicar las consecuencias del artículo 9 tan pronto como sea posible, sin continuar con la ejecución del contrato. Aun así, esta idea de la suspensión puede problematizarse. Piénsese en un contrato que contribuye esencialmente a que la administración garantice derechos fundamentales de sujetos constitucionalmente protegidos, por ejemplo, un contrato de suministro de alimentos en las escuelas de niños, niñas y adolescentes de bajos recursos. Al contratista le sobreviene una inhabilidad y se ve en la obligación de ceder el contrato ¿mientras este ubica un cesionario óptimo para continuar con la ejecución del contrato se debería suspender el contrato? Este tipo de situaciones ponen de presente que el funcionario de la entidad estatal, en todo caso, deberá interpretar el ordenamiento en clave de la garantía de los derechos fundamentales y de acuerdo a los principios de la función administrativa. En el mismo sentido, el artículo 9 no establece un término para ubicar un cesionario, de modo que la entidad contratante debe racionalizar dicho término de acuerdo a las condiciones de cada caso en particular. Si el contratista cedente no tiene voluntad de encontrar un cesionario, o si después de un tiempo prudente no encuentra uno, debe aplicarse la segunda parte del primer inciso: «si ello no fuere posible —ceder el contrato—, renunciará a su ejecución».

Pese a esta disposición, la renuncia no es una categoría propia de la contratación estatal, de modo que debe dotarse aquella expresión de contenido. Concordando con Dávila Vinuesa, se sostiene que la renuncia a la ejecución debe interpretarse como una terminación por mutuo acuerdo —bilateral—¹². Sin embargo, ¿qué sucede si no se cuenta con el consentimiento del contratista para la terminación bilateral del contrato? A mi modo de ver, debe interpretarse el artículo 9 de forma armónica con el artículo 17, que dispone los eventos en que procede la terminación unilateral de los contratos. El numeral primero prescribe: «Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga». En este sentido, si no se cuenta con la voluntad del contratista para terminar bilateralmente el contrato, la entidad contratante estará facultada

¹² DÁVILA. Op cit., p. 159.

para terminar unilateralmente el contrato. Este escenario se configura, además, cuando no sea posible ceder el contrato en atención a su carácter *intuitu personae* en sentido estricto, debido a la complejidad para encontrar un sujeto con las condiciones para terminar de ejecutar el contrato.

Retomando el supuesto de la cesión, es preciso estudiar cuáles son los elementos o criterios que debe tener en cuenta la Administración para autorizar o no la cesión del contrato, acto que, por disposición legal, debe surtir de forma escrita y en ningún caso de forma verbal o ficta. Al respecto, Dávila sostiene que «el ámbito de discreción de la entidad se ve reducido, en cuanto la negativa a la cesión solo opera por razones atribuibles a la persona que se presenta como cesionario»¹³ que, en todo caso, deberá acreditar condiciones técnicas, financieras y de experiencia, por lo menos, iguales a las del cedente. Sin embargo, esta postura no se comparte, pues se considera razonable que el cesionario acredite las condiciones mínimas exigidas en el pliego de condiciones y, así, que se tomé como baremo el mismo que se adoptó para celebrar el contrato con el cedente, y no el cedente como nuevo baremo. Esta idea la comparte Richard Ramírez en los siguientes términos: «dado que el cesionario no es indiferente para la entidad estatal contratante, este debe reunir ciertos requisitos especiales, que bien pueden estar regulados en el pliego de condiciones [...] debe tener la calidad de “tercero” respecto del contrato estatal y tener capacidad jurídica, técnica, económica y financiera suficiente para finalizar la ejecución del contrato estatal»¹⁴.

Cuando se trate de contratistas compuestos, como consorcios o uniones temporales, rige el inciso tercero del artículo 9. En dicho contexto, el miembro sobre el cual sobreviene la inhabilidad deberá ceder su participación a un tercero. En ningún caso la cesión podrá realizarse entre los miembros del consorcio o de la unión temporal. Con esta prohibición, el legislador pretendió evitar que se usaran ciertos miembros de los proponentes plurales con el único fin de acreditar las condiciones exigidas en los pliegos, pero sin la intención real de ejecutar el contrato. En otras palabras, se proscribieron los falsos miembros del proponente, aquellos que pretenden ganar el procedimiento de selección para los demás y luego retirarse del contrato. Sobre este punto, la doctrina ha considerado que es una medida excesivamente celosa y que bien podría darse que uno de los miembros o partícipes del sujeto plural esté en plenas condiciones para suplir al sujeto inhábil en la ejecución del contrato, sin que ello suponga ánimo defraudatorio¹⁵.

Finalmente, el parágrafo 1 del artículo 9 otorga un tratamiento distinto a la inhabilidad sobreviniente con ocasión al literal j) del numeral 1 del artículo 8. Cuando esta se configure o cuando se declare la responsabilidad administrativa de

¹³ *Ibid.*, p. 160.

¹⁴ RAMÍREZ. *Op cit.*, p. 72-73.

¹⁵ DÁVILA. *Op cit.*, p. 161.

un contratista por actos de corrupción, la entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral del contrato, con la particularidad de que será la misma entidad la encargada de determinar el cesionario del contrato. A su vez, el artículo 9 A preceptúa que, en este caso, la entidad deberá compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales siempre que se encuentre en firme el acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción.

Bibliografía

Doctrina

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

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4^a ed. 2^a reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 1280 p.

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

RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios en Derecho Administrativo —CEDA—, 2014. 249 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015. Rad. 2.264. C.P. Álvaro Namén Vargas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2017. Rad. 2.346. C.P. Álvaro Namén Vargas.