

Capítulo 2



En cuanto a la noción y el alcance de cada una de las figuras en mención, esto es la de las inhabilidades por un lado y la de las incompatibilidades por el otro, cabe señalar, en primer lugar, que de ninguna manera pueden identificarse o considerarse sinónimos de un mismo y único fenómeno jurídico a pesar de que la Ley les otorga unos efectos similares. Así lo ha explicado el Consejo de Estado⁷:

INHABILIDADES

Hace relación a la falta de idoneidad, habilidad o falta de capacidad para celebrar válidamente un contrato estatal.

INCOMPATIBILIDADES

Hace relación a la imposibilidad de coexistencia que cabe predicar respecto de dos o más elementos, circunstancias, cosas e incluso personas.

Es importante anotar que las inhabilidades e incompatibilidades para contratar son de aplicación general para todo tipo de contratación pública **sin importar su régimen** (privado o sometido al Estatuto General de Contratación).

En este sentido el Departamento Administrativo de la Función Pública ha reiterado que “las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán, en desarrollo de su actividad contractual y acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal”⁸.

CONSECUENCIA DE LA INHABILIDAD OBSERVADA ANTES DE LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

La normativa vigente se ocupa de regular el caso en el cual las inhabilidades o incompatibi-

lidades que afectan al proponente –que no al contratista– **sobrevenen a la presentación de una oferta en el marco de un determinado procedimiento administrativo de selección contractual, esto es cuando todavía no se ha celebrado el contrato estatal** correspondiente e incluso **cuando aún no se ha realizado siquiera la respectiva adjudicación.**

En este caso, se debe dar aplicación al **artículo 9º de la Ley 1150 de 2007**⁹ que indica que en estos eventos no será posible contemplar la cesión, en favor de un nuevo proponente, sino que únicamente tendrá lugar **la renuncia del oferente afectado**, cuyos efectos operarán *ipso jure*, por ministerio de la ley, en cuanto la propia disposición establece que de configurarse dicha hipótesis fáctica “se entenderá que renuncia [se refiere al proponente] *a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo*”.

Es decir, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga durante el proceso de selección, por disposición de la Ley debe entenderse que el proponente, sea persona natural, persona jurídica, consorcio o unión temporal, renuncia tanto a su participación en la licitación,

como a los derechos que de ella se deriven, lo cual implica que renuncia a la celebración y ejecución del contrato si llegara a resultar favorecido en la adjudicación¹⁰.

Por último, a este respecto, conviene señalar que **a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007**¹¹, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, la entidad contratante podrá revocar el acto de adjudicación de manera directa conforme a lo indicado en el inciso 3º del artículo 9 de la Ley 1150 que establece de manera expresa una excepción a la regla general que se encuentra constituida por la **irrevocabilidad del acto** de adjudicación de un procedimiento administrativo de selección contractual, al determinar que habrá lugar a revocar dicha adjudicación cuando la inhabilidad o incompatibilidad correspondiente sobrevenga con posterioridad a la adjudicación y antes de la celebración del respectivo contrato estatal –lapso al que hace referencia el numeral 9º del artículo 30 de la Ley 80 al regular la estructura de los procedimientos de selección–.


Se reitera aquí que el representante legal de la entidad pública, quien es el ordenador del gasto y responsable de la contratación estatal de la entidad, **podrá apartarse del informe de evaluación en caso de observar que alguno de los proponentes se encuentre limitado por una causal de inhabilidad y/o incompatibilidad**. Específicamente ha indicado el Consejo de Estado¹²:

“Y si bien en principio se considera que la oferta más favorable para la administración fue la que ocupó el primer lugar por haber obtenido el mayor puntaje, puede el representante legal apartarse de tal recomendación, siempre que tenga suficientes razones que justifiquen su actuación, lo que puede suceder por varias razones, por ejemplo, **cuando surge una inhabilidad sobreviniente en cabeza del calificado en primer lugar**, lo que sin duda alguna impide que resulte favorecido con la adjudicación. (...).

Pero otra circunstancia que puede conducir a la modificación de la evaluación de las ofertas, está dada por el análisis que la entidad licitante debe hacer frente a las observa-

ciones y objeciones que los oferentes presenten respecto del informe de evaluación de las propuestas y la respuesta que a las mismas brinde, tomando las decisiones que resulten procedentes. (...)

No es cierto que, una vez calificadas las ofertas, los puntajes obtenidos se tornen inmodificables, ni otorguen derechos a los proponentes. (...).

Ningún sentido tendría introducir en el procedimiento de selección la etapa de observaciones al informe de evaluación, si como resultado de la misma no se pudiera modificar la evaluación y calificación de las ofertas por parte de la entidad .

CONSECUENCIAS DE CELEBRAR UN CONTRATO ESTATAL CON UNA PERSONA INCURSA EN UNA INHABILIDAD ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

El **numeral 1º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993** consagrada la nulidad absoluta del correspondiente contrato estatal cuando este se

celebre con persona que para ese momento estuviere incurso en alguna causal de inhabilidad o de incompatibilidad.

Además, el **inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley** impuso a la administración el deber legal de **dar por terminado el contrato estatal**, mediante acto administrativo motivado, cuando se configuren los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 íbidem, esto es, cuando existan las causales de nulidad absoluta del contrato **“por haberse celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;** o contra expresa prohibición constitucional o legal; o se declaren nulos los actos administrativos en que se funden”.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES

La Jurisprudencia ha explicado que para aquellos otros casos en los que el correspondiente contrato estatal se hubiere celebrado con una persona que, **al momento de dicha celebración, no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad**, pero a quien **con posterioridad le sobreviene una**

de tales causales, “la ley establece y determina efectos diferentes a los de la nulidad del vínculo, los cuales **en nada inciden sobre su validez**, como son los de tener que ceder el contrato o, si ello no resulta posible, renunciar a su ejecución”. (Ver artículo 9º Ley 80 de 1993).

“La configuración sobreviniente de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad respecto del contratista particular, de ninguna manera genera la nulidad absoluta del contrato sino que, por el contrario, abre paso a la observancia de una consecuencia diferente, cual es la obligación de proceder a la cesión del contrato –previa aprobación expresa y escrita de la entidad estatal contratante– o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución. Por lo tanto, **la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución** por parte del contratista incurso en la respectiva causal”¹³.

El Consejo de Estado clasificó los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así¹⁴:



1. 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.



2. La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal “adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lu-

gar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad” (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).



La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual.

En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993),



La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal.

Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciera parte de un consorcio o unión temporal y que se viera afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma

indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros,



Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal y de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación, puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993).

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad con el significado natural y obvio del verbo **“sobrevenir”** cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento

administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, “la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.”



Se reitera, cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso corresponde declarar la **nulidad absoluta del contrato respectivo**, puesto que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, **“los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando se celebren con personas incuras en causales de inhabilidad o incompatibilidad** previstas en la Constitución y la ley (Ley 80 de 1993. Artículo 44, numeral 1).

Notas al pie

7. Consejo de Estado. Sección III. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación 25646. Fecha 13 de noviembre de 2013.

8. El inciso 3º del artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece: “De la adjudicación. (...) 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”.

9. Sentencia Consejo de Estado. MP. Hernán Andrade Rincón. Radicación 28752. Fecha: 12 de marzo de 2015.

10. Sentencia Consejo de Estado. MP. Hernán Andrade Rincón. Radicación 28752. Fecha: 12 de marzo de 2015.

11. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sección III. Subsección B. MP. Danilo Rojas Betancourth. Radicación 36442. Fecha: 2 de marzo de 2017.

12. Consejo de Estado. Sección III. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación 25646. Fecha 13 de noviembre de 2013.

13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2260. Fecha: 10 de agosto de 2019.

