

**CONTRATO ESTATAL:
INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE
PARENTESCO EN COLOMBIA**

LAURA RAMOS MONSALVE

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
ABOGADA**

ASESOR: FLAVIO MANJARRES

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
MEDELLIN**

2019

Para optar Título de Abogada.

Copyright © 2019 Laura Ramos. Todos los derechos reservados.

Resumen.

Esta investigación surgió de la necesidad de conocer y comprender el régimen normativo, jurisprudencial y doctrinal existente en torno al tema de las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a la contratación pública en Colombia, especialmente aquellas correspondientes al parentesco, y, además, surge con el fin de encontrar el rol específico que éstas cumplen en la relación contractual.

Luego de desarrollar conceptos sobre la contratación estatal en Colombia, los principios orientadores de esta, cuál es su objetivo principal y hacer referencia al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en Colombia, y encontrar una diferencia entre ambos conceptos, esta investigación se enfoca en aquellas incompatibilidades establecidas en la legislación colombiana en razón al parentesco.

Una vez realizado el análisis sobre cuáles son las incompatibilidades por parentesco y cuál es su objetivo principal, se llega a la conclusión de que estas son totalmente necesarias para dar pleno cumplimiento a los principios rectores de la contratación pública, principalmente los de transparencia e imparcialidad.

Palabras claves: Inhabilidad. Incompatibilidad. Principios. Contratación. Parentesco, transparencia

ABSTRACT.

This research arises from the need to know and understand the existing normative, jurisprudential and doctrinal regime around the issue of disabilities and incompatibilities applicable to public procurement in Colombia, especially those corresponding to kinship, and, in addition, it arises in order to find the specific role they play in the contractual relationship.

After developing concepts on state contracting in Colombia, its guiding principles, what is its main objective and making reference to the disability and incompatibility regime in Colombia, and finding a difference between the two concepts, this research focuses on those incompatibilities established in Colombian legislation due to kinship.

Once the analysis of the incompatibilities by kinship and what is its main objective is made, it is concluded that these are totally necessary to fully comply with the guiding principles of public procurement, mainly that of transparency and impartiality.

Keywords: Disability. Incompatibility. Beginning. Hiring Relationship.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	6
Planteamiento del problema.	8
Pregunta.	9
Justificación.	9
Objetivos.....	10
Capítulo I.....	11
1. La contratación estatal en Colombia.	11
Principios rectores de la contratación estatal.	13
Principio de igualdad:	13
Principio de moralidad:	14
Principio de eficacia:	17
Principio de economía:	18
Principio de celeridad:	20
Principio de imparcialidad:	21
Principio de publicidad:	23
Principio de transparencia:	24
Principio de responsabilidad:	25
El contratista en la contratación estatal.	27
Capitulo II.....	31
2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en Colombia.	31
2.1 Diferencia entre Inhabilidad e incompatibilidad.	34
2.2 Las inhabilidades.	36
2.2.1 Interpretación de las inhabilidades.	50
2.2.2 Efectos de las inhabilidades.	51
2.3. Incompatibilidades.	55
2.3.1 Contemplados en la Constitución Política:	56
2.3.2 Contempladas en la Ley:.....	59
Capitulo III.....	62
3. Delimitación de la incompatibilidad en razón del parentesco.	62
3.1 Incompatibilidades por parentesco.	62
3.2 Finalidad de las incompatibilidades en razón del parentesco.	63
3.3 Incompatibilidades por parentesco, principios y autonomía de la voluntad.	64
CONCLUSIONES.	72
Referencias.	74

Introducción.

La contratación estatal en Colombia esta principalmente reglamentada en la Ley 80 de 1993, Ley “mediante la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública”, y es aquella donde se contemplan las reglas y pautas normativas que rigen los contratos estatales.

En el artículo tercero de la Ley 80/1993, se ubican los fines de la contratación estatal, los cuales buscan la satisfacción del bien común a la sociedad y, además, el cumplimiento en términos de eficacia y eficiencia; fines que buscan ser cumplidos con la ayuda de particulares denominados contratistas, tal como lo establece el artículo antes mencionado, así:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.” (Congreso de la Republica, 1993)

La contratación estatal, en cumplimiento los fines anteriores, debe ceñirse al pleno cumplimiento de sus principios orientadores, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.” (Asamblea Constituyente, 1991)

“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.” (Congreso de la Republica, 1993)

Para poder cumplir de manera cabal los fines de la contratación estatal y sus principios, es necesario hablar de las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en torno a la contratación, las cuales se incorporaron en la Ley 80 de 1993, teniendo como objetivo impedir que el ejercicio de la función administrativa y la ejecución de contratos sea monopolizada.

Tanto los servidores públicos como los particulares que hacen parte de la relación contractual pública, se ven cobijados por el sistema normativo de la Ley 80 de 1993 y demás leyes que hagan referencia a las inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual, las cuales serán desarrolladas en el segundo capítulo de este escrito.

Es necesario aclarar que el régimen normativo de inhabilidades e incompatibilidades, no es de aplicación exclusiva para la contratación estatal, pues a modo de ejemplo; allí también encontramos aquella incompatibilidad en el servidor público de no poder nombrar a su cónyuge o compañera permanente como empleada, en razón de su cargo.

El enfoque de la investigación adelantada, que conlleva a la elaboración de este escrito, se circunscribe en aquellas incompatibilidades establecidas en razón del parentesco, ya que, se encuentra necesario conocer su finalidad y fundamento jurídico para la recta contratación pública y su ejecución; pues aquí se encuentra un enfrentamiento entre lo que es autonomía de la voluntad privada, contra el cumplimiento de los principios orientadores de la contratación pública, tales como transparencia, responsabilidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,

Planteamiento del problema.

En el régimen normativo de Colombia, se encuentra que las inhabilidades e incompatibilidades no tienen una diferencia legal, pues el legislador tiene una confusión entre ambos conceptos; gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y la doctrina es posible establecer una diferencia.

Según esto, las inhabilidades son todas aquellas limitaciones que se obtienen en razón de una sanción, ya sea esta administrativa, disciplinaria, fiscal o penal; mientras que las incompatibilidades, son aquellas prohibiciones establecidas por la ley en razón del cargo que se desempeña, y dicha prohibición evita que el servidor público ostente dos calidades en el servicio público de manera simultánea.

Sin embargo, esta diferenciación no se extiende en sus finalidades, pues ambos conceptos lo que buscan es el respeto y cumplimiento de los principios orientadores de la contratación estatal, para que mediante de esta el Estado colombiano cumpla sus fines esenciales.

Teniendo claro esta diferencia entre las inhabilidades e incompatibilidades, se hará énfasis en aquellas incompatibilidades planteadas en razón del parentesco, pues sobre éstas se genera la duda de cuál es su finalidad, teniendo en cuenta la situación de enfrentamiento que existente entre las incompatibilidades y la autonomía de voluntad privada, la cual permite que los particulares decidan sobre su derecho a contratar y por medio de este generar derechos y obligaciones, y si ello constituye una presunción de mala fe.

Pregunta.

¿Qué finalidad cumplen aquellas incompatibilidades de la contratación estatal, establecidas en la normatividad colombiana en razón del parentesco?

Justificación.

Teniendo en cuenta los principios orientadores de la contratación pública y su finalidad, los deberes del servidor público en esta materia, el contratista y sus funciones, se analiza la necesidad de mantener las incompatibilidades en razón de parentesco en la contratación estatal conforme a su verdadera finalidad, ya que, estas impiden el desarrollo de la autonomía de la voluntad al momento de darse la relación contractual pública, pues como más adelante se planteará, estas incompatibilidades son un límite a la libre

contratación, que a simple vista esta puede considerarse fundado en una presunción de mala fe.

Objetivos.

General:

1. Analizar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de la contratación estatal en Colombia, en razón del parentesco.

Específicos:

1. Describir los principios orientadores de la contratación estatal en Colombia.

2. Determinar la diferencia entre los conceptos de inhabilidades e incompatibilidades en Colombia.

3. Exponer la normativa, jurisprudencia y doctrina colombiana relativa a las inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

4. Establecer la finalidad de establecer incompatibilidades en razón de parentesco.

Capítulo I

1. La contratación estatal en Colombia.

La contratación estatal es una herramienta usada por las entidades públicas, formalizada a través de un vínculo contractual que se da entre el estado y los particulares, esto con el propósito de cumplir los fines esenciales del estado social de derecho, los cuales encontramos en el artículo segundo de la carta magna, así:

“Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Por otro lado, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública, establece que la contratación estatal es todo acto jurídico emitido por la administración pública, por medio del cual se crean obligaciones.

El proceso de contratación estatal, no solo debe regirse por el estricto cumplimiento de sus requisitos, si no, además, debe ceñirse al respeto de los principios rectores de la

función administrativa, establecidos estos en la Constitución Política de 1991 en su artículo 209 y la Ley 80 de 1993 en su artículo 23.

“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

“ARTÍCULO 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

En este orden de ideas, se hace necesario conocer la noción de cada uno de los principios referenciados desde su esencia normativa, para lo cual se procede a continuación:

Principios rectores de la contratación estatal.

Principio de igualdad:

El principio de igualdad se define como aquel cuya finalidad es generar un trato igual a los asociados del Estado, sobre el particular, la constitución política de Colombia reza en su artículo 13 lo siguiente:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados y marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En esta investigación, tanto el principio de igualdad, como aquellos siguientes a desarrollar serán relacionados con la contratación estatal en Colombia.

En razón de lo anterior, el principio de igualdad, es relacionado con aquella uniformidad de oportunidades que deben tener los particulares en Colombia en cuanto a la participación de concursos, licitaciones u otra manera por la que el particular pueda

establecer un vínculo contractual con la administración pública, esto sin importar cualquiera de las condiciones expresadas anteriormente en el artículo 13 de la constitución.

En cuanto a la promoción de las condiciones de igualdad, el estado debe establecer unas condiciones y requisitos de manera general, esto sin discriminación o beneficencia especial por alguno de los aspirantes a contratar con el estado.

Principio de moralidad:

Para Kant (1785) la moralidad es "...la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la posible legislación universal, por medio de las máximas de la misma". Como se observa, el concepto iusnaturalista del principio de moralidad hace relación a cesión o entrega de la autonomía del ser humano a fin de regular un marco pre-normativo que regule las relaciones entre los individuos.

Ahora bien, desde la perspectiva normativa para la corte constitucional (2013), el principio de moralidad propio de las obligaciones de la administración pública se establece así:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la corte que el artículo 6° de la constitución política señala que: “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de

sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2[10], de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores[11].

El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas [12]. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto “el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127,128, 291, 292 C.P.), establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, (arts. 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), de los Diputados (art. 299 C.P.), y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253, 279, 293, 312 C.P.), establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 C.P.)

dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa[13]” Sentencia C- 826/2013. Corte Constitucional.”

En conclusión, el principio de moralidad se refiere genéricamente a las limitaciones de orden normativo frente a los agentes del Estado que ejerzan funciones públicas bien sea, mediante el ejercicio de funciones de un cargo como servidores públicos, o mediante la ejecución de contratos celebrados con particulares, pues depende principalmente de los servidores públicos, la correcta contratación y ejecución de la contratación estatal, pues son estos quienes establecen los requerimientos específicos para cada contratación y realizan su correspondiente aceptación.

Por esto es la importancia del principio de moralidad, pues el correcto cumplimiento de los fines del estado, está en manos principalmente de la autonomía y moralidad del servidor público para realizar la contratación pública.

Finalmente, El decreto de ley 019/2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, hace referencia en su artículo tercero al principio de moralidad así:

“ARTÍCULO 3. MORALIDAD. La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.”

Principio de eficacia:

En sentencia C-826/13 se establece frente a este principio, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la constitución política, especialmente en el artículo segundo al proveer como uno de los fines esenciales del estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución, en el 209 como principio de obligatorio cumplimiento por aquellos que ejercen la función administrativa, en el artículo 365 de la Constitución como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos, en los artículos 256 #4, 268 #2, 277 #5 y 343 de la misma normatividad, hace referencia este principio al control de gestión de resultados (corte constitucional, 2013).

En cuanto a la contratación estatal, cada concepto referente a la eficacia es adecuado, pues inicialmente, la relación contractual administrativa parte de este y los demás principios aquí enunciados, por lo que cada actuación perteneciente a esta se debe ceñir a su cumplimiento; como objetivo y control de la gestión de resultados, es necesario afirmar que la contratación estatal tiene diferentes fines, entre estos el pleno cumplimiento del contrato acordado, por medio del cual el bienestar social debe verse beneficiado en todos los sentidos, siendo esto así, la eficacia del contrato debe ejecutarse de manera eficaz.

Este principio evita entonces, que el estado sea indiferente a las necesidades de la sociedad y además que esta sea vea afectada mediante las decisiones tomadas y ejecutadas en la relación contractual del estado.

En conclusión, a la luz de este principio, las autoridades buscaran que los procedimientos administrativos logren su finalidad, y para esto, evitaran los obstáculos en

el cumplimiento de su labor y sanearan los que existan de manera correcta. Por esto, el principio de eficacia es aquel que valoriza el total cumplimiento de las funciones del estado, en este caso el de la contratación estatal y su correcta ejecución.

Principio de economía:

El principio de economía tiene como finalidad que los agentes del Estado deban proceder en sus actuaciones con austeridad y supresión de gastos, bien sea, desde lo monetario, hasta la eficiencia y agilidad en los procesos a favor de los asociados.

En consecuencia, sobre el particular reza el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

“Artículo 25.- *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o

que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.
[...]"

Además, El Decreto de ley 019/2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, hace referencia en su artículo quinto al principio de economía de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 5. ECONOMIA EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los

estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.’’

A la luz del cumplimiento de este principio, los servidores públicos tendrán que tener en cuenta la moderación de gastos y de tiempo de la gestión realizada en la contratación pública, pues no toda aquella propuesta más costosa es la más benéfica para la sociedad, lo que tampoco significa que si lo sea la más reducida en gastos; la adjudicación del contrato debe darse por el lleno de requisitos, pero, además, buscando la mejor opción tanto para las partes contratantes como para la sociedad general.

Principio de celeridad:

Este principio hace referencia a la prontitud que deben tener los servidores públicos al actuar en razón de su cargo, pues de esto depende el cumplimiento de sus funciones, pero también el correcto funcionamiento de la relación contractual, ya que, de la entidad pública, representada por el servidor público, es que proviene la iniciativa de llegar a cabo el proyecto base de la contratación. Es por esto que el estado, debe promover de manera oficiosa todo acto necesario para que el motivo de contratación se diligencie de manera amena, oportuna y correcta.

El Decreto de ley 019/2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, hace referencia en su artículo cuarto a este principio así:

“ARTÍCULO 4. CELERIDAD EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades tienen el impulso oficioso de los procesos administrativos; deben utilizar formularios gratuitos para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y cuando sea asunto de su competencia, suprimir los trámites innecesarios, sin que ello las releve de la obligación de considerar y valorar todos los argumentos de los interesados y los medios de pruebas decretados y practicados; deben incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procesos administrativos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas, y deben adoptar las decisiones administrativas en el menor tiempo posible.”

La sentencia C-826/2013 se refiere a este principio diciendo que: En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general. (Corte constitucional, 2013).

Principio de imparcialidad:

Es posible afirmar que este principio es el fundamento base de la contratación estatal, pues lo que interesa en la función pública es la ejecución correcta de todos los actos y decisiones emitidas por la administración y el bienestar general de la sociedad, mas no el alcanzar el logro de los intereses particulares de los servidores públicos ni de aquellos particulares que ayudan al estado en el cumplimiento de sus funciones, mediante el contrato estatal.

Este principio, tanto como los otros, es de obligatorio cumplimiento, pero se puede decir que es la base de todos los demás porque de allí parte el cumplimiento y respeto hacia los otros.

Cuando se actúa o se toma una postura imparcial, es posible ser igualitario en oportunidades, elegir la opción más favorable para la sociedad, buscar el cumplimiento de los fines del estado y hacerlo de manera ágil y sin obstáculos, sin preferencia por uno u otro participante en el concurso o licitación y sobretodo con responsabilidad; por eso se afirma que es la base de todo cumplimiento de los demás principios, de allí toda buena acción es impartida.

El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, en su artículo tercero, numeral 3, expresa lo siguiente:

“3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

Principio de publicidad:

Este principio en miras del cumplimiento de los fines del estado y en relación con la contratación estatal, establece que las convocatorias, ejecuciones y resultados de ésta deben ponerse a la luz pública, de manera que la sociedad pueda tener acceso a la información de los actos realizados y las decisiones tomadas en medio de la relación contractual y de esta manera hacer valer los demás principios rectores, pero sobre todo el de transparencia y el de imparcialidad.

Para complementar lo anterior se cita un apartado de la sentencia C-711 del 2012 de la corte constitucional, el cual reza:

“La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.

De conformidad con lo antes expuesto, encuentra la Corte, que en cumplimiento del principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública, la sustitución de medios físicos por electrónicos, para la publicación y difusión de la información relativa a

los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos.”

Principio de transparencia:

Relacionando este principio con la contratación estatal, encontramos que tiene su aplicación en el momento de escoger el contratista para el proyecto estatal, pues este acto debe estar rodeado del cumplimiento de los principios orientadores de la contratación estatal pero también debe cumplir los requisitos planteados desde la ley hasta los particulares para cada licitación o concurso.

La Ley 80, expedida en el año de 1993, en su artículo 24, al consagrar el principio de transparencia, impone como regla general que toda escogencia de contratistas, se encuentre precedida del procedimiento administrativo de la licitación o concurso públicos y sólo en algunos casos especiales, que el legislador ha señalado expresamente, autoriza la selección mediante el procedimiento de la contratación directa.(Consejo de Estado, 2007)

“Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de

garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.”

(Consejo de Estado, 2011)

Principio de responsabilidad:

Este principio hace referencia a la obligación de los agentes estatales de realizar la debida inspección, vigilancia y control que arroje como resultado la garantía de los fines de la contratación estatal. Sobre el particular, expresa el artículo 26 de la ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren

necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Este principio es un deber que adquiere el servidor público al adquirir esta calidad, pues ya no solo responde por las infracciones a la constitución y la ley, sino también, por aquellas omisiones o extralimitaciones que se den en función de su cargo.

Por esto es que, al momento de generar y ejecutar la relación contractual, el servidor público debe hacerlo con plena responsabilidad y respeto por los principios y requisitos

El contratista en la contratación estatal.

El contratista es un colaborador del estado, el cual, para ser elegido debe cumplir con el lleno de requisitos planteados para cada licitación o concurso estatal de manera individual.

El Consejo de Estado en concepto 1344 del 2001, emanado de la sala de consulta y servicio civil por el consejero ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, afirma sobre la figura de contratista que:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente - Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración¹³; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.”

El contratista en Colombia es entonces aquella persona jurídica o natural que expresa su voluntad inscribiéndose a los concursos o licitaciones públicas para ser un colaborador del estado en su función de cumplir con los fines del estado social de derecho.

Diferencia hay entre postularse a la contratación estatal como persona natural o jurídica, a presentarse haciendo parte de un consorcio, pues este último es solo una unión temporal para la postulación y ejecución de la contratación estatal y por ende, esta unión no conforma una persona jurídica.

Dicha postulación por medio de consorcio traerá consigo sus ventajas y desventajas, dado que resulta más fácil cumplir requisitos y ejecutar el contrato si la unión establecida se hace de manera correcta, pero desventajas en el sentido de que una inhabilidad o incompatibilidad presente en uno de los miembros del consorcio, se extiende a este en general, por lo que ya el contrato no les será adjudicado y de ser una inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, a las que más adelante se hará referencia, el acto administrativo de adjudicación deberá declararse nulo.

“En el expediente 16306 del Consejo de Estado, se habla sobre el consorcio en la contratación pública y reza lo siguiente: “Se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 a los sujetos que gozan de capacidad legal para participar en licitaciones y para celebrar contratos con el Estado, uno de los cuales es el consorcio, al cual hace referencia el artículo 7 (...) Tal como ha sostenido la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no se constituye en una persona jurídica diferente de sus miembros

individualmente considerados (...) De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C 414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el párrafo 2o. del artículo 7o. de la ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no son personas jurídicas y que su representación conjunta es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades.”

Según la sentencia C-178/1993, la ley 80 establece que no pueden acordar contratos con las entidades públicas, aquellas personas incapaces, las cuales, según el régimen de contratación estatal, son quienes están catalogadas como tal en la ley civil, comercial u otros estatutos reglamentarios, e igualmente aquellos que se ven inmersos en inhabilidades e incompatibilidades.

La función del contratista va mucho más allá de solo cumplir unos requisitos al momento de ser elegido como quien celebre y ejecute un contrato con el estado, pues una vez celebrado dicho contrato, es obligación de este responder a cabalidad por los actos realizados en la ejecución del contrato.

La ley 80 se refiere a estos deberes en el artículo quinto, numerales 2-4-5, así:

“ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

5o. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.”

Capítulo II

2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en Colombia.

Expresa la corte constitucional en sentencia C-200 del 2001 que “las inhabilidades e incompatibilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad la función pública.”

Estas inhabilidades e incompatibilidades, en términos generales, son aquellas limitaciones y prohibiciones por diversas razones, establecidas en el ordenamiento jurídico de manera no unificada, que impiden al destinatario de cada una, la posibilidad legal de ser proponentes o contratistas del Estado.

La sentencia 16306 de 2011, en uno de sus apartados afirma que “El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o

desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”

Seguidamente, la sentencia antes mencionada, establece que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades existen en razón de la protección de los principios de la contratación estatal y que estas tienen 2 funciones, una negativa y una positiva.

“Si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.”

En Colombia, se puede decir que estos dos conceptos se encuentran atomizados, ya que no cuentan con una definición exacta en el ordenamiento jurídico y aparte, no hay unidad de contenido referente a estas, pues se encuentran, aparte de la constitución política en su artículo 126, en diferentes leyes tales como:

- a. Ley 80 de 1993, mediante la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública.
- b. Ley 489 de 1998, mediante la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- c. Ley 1474 de 2011, mediante la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- d. Ley 1778 de 2016, mediante la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.
- e. Ley 1150 de 2007, mediante la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.
- f. Ley 1952 de 2019, mediante la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

Cada una de estas leyes hacen referencia a causales de inhabilidad e incompatibilidad a las que más adelante se hará referencia.

2.1 Diferencia entre Inhabilidad e incompatibilidad.

La no definición de estos conceptos en la ley y de manera unificada no es la única omisión legislativa, pues también se encuentra una omisión en la diferenciación de estos conceptos entre sí, pero la jurisprudencia y la doctrina, ayudan a diferenciar estos de la siguiente manera:

“la diferencia básica entre ambas instituciones radica en que la inhabilidad tiene carácter general, pues obsta para celebrar contratos con cualquier entidad estatal, mientras que la incompatibilidad es específica ya que solo impide realizarlos con una entidad en particular respecto de la cual pueda predicarse la causal.

Las incompatibilidades limitan la aptitud contractual actual y de manera específica de determinados sujetos, atendida su especial calidad personal derivada de su fuero laboral administrativo para realizar actos jurídicos obligacionales con o en nombre de determinada entidad estatal o en su nivel de adscripción.

Las inhabilidades restringen la capacidad contractual futura y por vía general, para contratar con la administración pública.” (Rico, pag 181, 2018.)

Sentencia 16306/2011: “Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una

persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura.

En otras palabras, por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones.”

En sentencia C-353 de 2009 la Corte Constitucional diferencia las inhabilidades de las incompatibilidades de la siguiente forma:

“Las **inhabilidades** se distinguen de las **incompatibilidades**, por cuanto estas últimas implican una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida

acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”. Sentencia C353/2009.

En cuanto a esto, se puede interpretar o inferir que las inhabilidades son aquellas establecidas en razón de una sanción, ya sea jurídica, fiscal, penal o administrativa; mientras que la incompatibilidad, es aquella limitación que se obtiene por el hecho de ostentar la calidad de servidor público y se le ha de impedir el ejercicio de dos cargos en el estado, de manera simultánea.

Por otro lado, es posible afirmar que estos términos no son solo aplicables en la contratación estatal, y esto se demuestra el artículo 126 de la carta magna cuando establece que: “los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.”

2.2 Las inhabilidades.

Como ya antes se expuso, las inhabilidades son aquellas limitaciones o prohibiciones de diversas índoles, provenientes de sanciones. Definición que se hace a partir del análisis jurisprudencial, ya que no existe una legalmente establecida en la normatividad colombiana.

El ministerio público en la sentencia C-200 de 2001, reza que las inhabilidades “son formas de prevenir y proteger el adecuado cumplimiento de la función pública”

Ahora bien, el artículo 122 de la Carta Magna contempla como inhabilidades las siguientes:

“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.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

A continuación, se citarán otras inhabilidades:

Ley 80 de 1993, artículo octavo:

“ARTÍCULO 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

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

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

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

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

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.

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.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la

caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas

electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

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

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

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.” (Congreso de la Republica, 1993)

Ley 1952 de 2019, artículos 41, 42 y 71.

ARTÍCULO 41. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

ARTÍCULO 42. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al término de la pena privativa de la libertad.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

ARTÍCULO 71. Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.

2. Las contempladas en los artículos 80 de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.

3. Las contempladas en los artículos 42 y 43 de esta ley.

Las previstas en la Constitución y la ley, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.

Ley 489 de 1998, artículo 113.

ARTICULO 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

Ley 1474 de 2011, artículos 1, 2 y 4.

ARTÍCULO 1o. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 80> El literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 quedará así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

ARTÍCULO 2o. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 80> El numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

ARTÍCULO 4o. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el estado. Adiciónese un literal f) al numeral 2 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén

vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

Ley 1778 de 2016, artículo 31 y 33.

ARTÍCULO 31. Inhabilidad para contratar. Modifica el Artículo 1 de la Ley 1474 de 2011. El artículo 1° de la Ley 1474 de 2011 quedara así:

ARTÍCULO 1°. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública. El literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 quedara así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

ARTÍCULO 33. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. Modifica el Artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2°. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

Ley 1150 de 2007, artículo 6, numeral 6.3.

ARTÍCULO 6o. De la verificación de las condiciones de los proponentes.

6.3 En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

2.2.1 Interpretación de las inhabilidades.

En cuanto a la interpretación de las causales de inhabilidad anteriormente expuestas, esta debe ceñirse a la taxatividad de la norma y no hacer extensiva su interpretación, pues la

aplicación de dicha inhabilidad debe darse no solo de manera motivada, sí no, que también se debe aplicar aquella menos lesiva para los derechos de quien es inhabilitado.

En sentencia T-1039 se hace alusión a esta prohibición de a extensiva interpretación de las inhabilidades, así:

“En materia de interpretación de las causales de inhabilidades esta Corporación ha sostenido que para este caso está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva porque afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas.

Sobre esta línea jurisprudencia resulta reveladora la sentencia C-147 de 1998, en la cual se sostuvo: Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.”

2.2.2 Efectos de las inhabilidades.

En concepto del Consejo de Estado número 151671 de 2019, emitido por el Departamento Administrativo de la Función pública y como concejero ponente el señor Armando López Cortes; Se ha establecido que la configuración de las “inhabilidades acarrea lo siguiente:

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalonado en la carrera judicial.

El artículo 6 de la Ley 190 de 1995 señala lo siguiente:

En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Frente al tema, la Corte Constitucional en sentencia C -038 de 1996 con ponencia del magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz señaló lo siguiente:

El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar...

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantizan un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevenientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad.

Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un

requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes. (Corte Constitucional, 1996)

Ahora bien, analizado el régimen aplicable a las inhabilidades, a continuación, se expondrá el régimen Constitucional y legal de las incompatibilidades de los servidores públicos en Colombia.

2.3. Incompatibilidades.

Según Pineda (2004) las incompatibilidades se definen como “El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos”; obsérvese que las incompatibilidades nacen desde el cargo que ostenta el funcionario, limitando su actuar frente al ejercicio de otras funciones que tienen relación con su cargo.

Por su parte Jaramillo (S.F.) citando a la Corte Constitucional señala lo siguiente:

Las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado. (Sentencia Corte Constitucional C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.)

El Ministerio Público como interviniente en sentencia 200 de 201 de la Corte Constitucional, afirma que “las causales de incompatibilidad son formas de prevenir y proteger el adecuado ejercicio de la función pública.”

A continuación, se citarán algunas incompatibilidades reglamentadas como tal en Colombia, que han sido compiladas por el Consejo de Estado, mediante concepto 03 del 2014, emitido por el Departamento Administrativo de la función pública, establece frente a las incompatibilidades comunes a los servidores públicos que:

2.3.1 Contemplados en la Constitución Política:

“ 2.4. INCOMPATIBILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS CON ENTIDADES DEL ESTADO

“**ARTÍCULO 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”

La anterior norma restringe a los servidores públicos la celebración de contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos en forma directa o por interpuesta persona o en representación de otro.

2.5. INCOMPATIBILIDAD PARA PARTICIPAR EN POLITICA

Respecto de la participación en política por parte de los servidores públicos, la Constitución Política, señala:

“**ARTÍCULO 127.**A los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.”

Los empleados no contemplados en esta prohibición sólo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

2.6. INCOMPATIBILIDAD PARA DESEMPEÑAR MAS DE UN CARGO PUBLICO Y PARA RECIBIR DOS ASIGNACIONES DEL TESORO PUBLICO

Frente a la posibilidad de desempeñar más de un cargo público o recibir más de una asignación salarial que provenga del Tesoro Público, la Constitución Política señala:

“**ARTÍCULO 128.-** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público NI recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

De acuerdo con la anterior norma, es claro que los servidores públicos no podrán desempeñar más de un cargo público en forma simultánea, ni recibir doble erogación que provenga del Tesoro Público.

2.7.1. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Una vez revisadas las normas que regulan la materia no se evidencia una que determine las incompatibilidades para el Presidente o Vicepresidente de la República, diferentes de las generales contenidas en los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución Política, que establecen:

“**ARTÍCULO 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

ARTÍCULO 129. Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.”

2.3.2 Contempladas en la Ley:

Por su parte la Ley 734 de 2002, respecto de las incompatibilidades de los servidores públicos, establece:

“**ARTÍCULO 39.** Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”

2.7.2. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE CONGRESISTA.

Respecto de las incompatibilidades de los cargos de Congresista, la Constitución Política señala:

“**ARTÍCULO 180.** Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. «Numeral modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 1993» Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARÁGRAFO 1º. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO 2º. El funcionario que, en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTÍCULO 181. Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”.”

Se puede inferir con lo anterior citado y lo expuesto en el título de inhabilidades, que dicha diferencia si proviene de que estas últimas son producto de una sanción y que las incompatibilidades son aquellas que se adquieren en razón del cargo ejercido.

En cuanto a la extensión interpretativa de las incompatibilidades, se encuentra otra diferencia frente a las inhabilidades, ya que las primeras no gozan de su futura extensión interpretativa por no estar ésta prohibida; sentido contrario sucede con las inhabilidades, pues de extenderse su interpretación y aplicación, se estaría frente a la violación del principio del debido proceso.

La sentencia 1039 del 2006, por su lado reza que “La extensión de las incompatibilidades en el tiempo no está prohibida por la Constitución Política y, por el contrario, ella misma utiliza esa modalidad de prescripción de conductas, llevando el término de la incompatibilidad más allá del lapso de ejercicio del cargo, tal como lo hace en su artículo 181, cuando al estipular la vigencia de las que afectan a los congresistas ordena que, en caso de renuncia, se mantengan durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.”

Capítulo III

3. Delimitación de la incompatibilidad en razón del parentesco.

3.1 Incompatibilidades por parentesco.

Ahora, se habla únicamente de incompatibilidades por haberse establecido la respectiva diferenciación entre inhabilidades e incompatibilidades e identificar un error del legislador cuando les da un trato indistinto.

Es de advertir que aquellas establecidas por el vínculo de parentesco en la contratación estatal no provienen de una sanción, pues es claro que el hecho de tener un familiar no constituye infracciones a la ley ni delitos en contra de esta.

La diferencia entre ambos conceptos, no se extiende a su finalidad, pues ambos buscan el respeto y cumplimiento de los principios orientadores de la contratación estatal, poniendo límites a aquello que generen una infracción a los anteriormente mencionados.

La ley 80 de 1993, en su artículo 8, hace referencia a las inhabilidades en general, pero como el nombre de este capítulo lo indica, solo se hará referencia a aquellas en razón del parentesco.

ARTICULO 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales:

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 o concurso.

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

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

3.2 Finalidad de las incompatibilidades en razón del parentesco.

Si bien podría pensarse que el legislador al contemplarlas, está consagrando una presunción de mala fe, no puede olvidarse que estas incompatibilidades cumplen también un fin de protección a los principios orientadores de la contratación pública, pero en este escenario de la investigación es importante resaltar su especial garantía a los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad en la relación contractual del estado.

Mediante concepto 2191 de 2017, el Departamento Administrativo de la Función Pública, expuso cual es la finalidad principal de establecer legislativamente un régimen de incompatibilidades sobre el parentesco, y indicando lo siguiente:

“La finalidad que se propone el Legislador es clara pues la norma pretende asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación. Este propósito armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales, toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la

*contratación pública*⁴. En efecto, si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.”

3.3 Incompatibilidades por parentesco, principios y autonomía de la voluntad.

Es claro entonces que el fin de las incompatibilidades es la protección de los principios de la contratación estatal y mediante dicha protección se busca el cumplimiento de los fines del estado como ya antes se expuso, entonces ahora, se debe tener en cuenta, también, que el régimen legislativo de Colombia mediante el artículo 333 de la constitución política y el código de comercio en su artículo 824, protegen aquella autonomía que tienen los ciudadanos de exteriorizar su voluntad de negociar y quizá estas inhabilidades en razón del parentesco sean un límite a esta; la anterior normatividad se refiere a dicha autonomía de la siguiente manera:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

“Art. 824. Formalidades para obligarse. Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-934 de 2013, hace referencia a la autonomía de la voluntad privada, exponiendo que:

“Es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

“Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.”

Se entiende entonces, que los particulares son libres de decidir cuándo contratar y así generar obligaciones con la otra parte contratante en los términos que estos acuerden.

Las incompatibilidades en razón del parentesco, igualmente pueden sonar violatorias al principio de igualdad, pues como se exponía al principio de esta escrito, una de las finalidades de este principio, es la igualdad de oportunidades, esto sin importar diversas condiciones, y entre ellas, sin importar la familia o nacionalidad de la que proviene.

La Corte Constitucional en sentencia ya citada, hace referencia al principio de igualdad y en los siguientes términos:

“La ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Ésta constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias

personas con relación al resto de ellas. En otras palabras, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo. Y si bien esta manifestación del derecho a la igualdad apunta a que la ley se aplique por igual a todos, no garantiza que, efectivamente, las personas reciban el mismo trato de la ley. Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado asimismo en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, la igualdad de trato, la cual se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual ni que regulará de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La tercera dimensión del derecho a la igualdad prevista también en el artículo 13 constitucional busca que todas las personas reciban, en efecto, igual protección, algo que ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato pueden garantizar por sí mismas. Ello se obtiene en la medida en que se efectúen distinciones protectivas, esto es, en que se proteja a las personas de forma diferente. Este desarrollo de la igualdad propende porque todas las personas gocen efectivamente de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Tiene una connotación sustantiva pues parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales. Corresponde al Estado adoptar ‘acciones para garantizar la igual protección.’”

Hasta este punto de esta disertación, se pensaría que las incompatibilidades en razón del parentesco van en contra de los principios rectores como el de la igualdad y la buena fe, pero de acuerdo a los principios y finalidades de la contratación pública y el principio de moralidad administrativa que propende por el buen uso de los recursos públicos, se debe garantizar a través de los diversos procesos de selección de contratistas, por esto se encuentra la utilidad y necesidad de este tipo de incompatibilidades.

En el ámbito privado, afirma el catedrático y magistrado de la Corte Suprema, Alonso Rico en su libro *Teoría General Y Practica de la Contratación Estatal*, según se dice, lo que no está prohibido, está permitido. El artículo 6° de la Constitución advierte que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Pareciera ser ese el sustento constitucional de la afirmación y el reconocimiento de libertad de contratar, lo cual no cabría predicar con la misma extensión en el ámbito público, conforme al mismo artículo 6° que advierte que los servidores públicos son responsables por la misma causa que los particulares, pero también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Rico, 2018, pág. 26.)

Sostiene dicho autor que: “El solo marco normativo indicado bastaría para predicar que en lo público no existen ni la autonomía, ni la libertad ni la igualdad negocial, las cuales quedarían circunscritas al ámbito privado.” (Rico, 2018, pág. 26.)

Estas incompatibilidades no están en la ley solo en razón de la protección a los principios, sino también en protección a los fines del estado, el interés general y por ultimo a las condiciones de una sana y libre competencia.

“1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales:

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 o concurso.”

En cuanto a la incompatibilidad anterior, vale resaltar que esta se establece en términos de una libre y sana competencia, pues no sería justo que para determinado proceso de selección de contratista del Estado se presenten 3 particulares, de los cuales 2 son pareja, el tercero no tendría igualdad de condiciones y mucho menos de oportunidades, pues la pareja tiene doble oportunidad de ganar y más probabilidades que quien se encuentra solo y solo presentara una propuesta en comparación a la pareja.

Lo expuesto anteriormente se sostiene en lo establecido en sentencia C-228 de 2010, donde la Corte Constitucional sostiene que: “El segundo contenido específico de la libertad económica es la garantía de la libre competencia económica. En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.”

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

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.”

En cuanto a la anterior incompatibilidad, establecida en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es posible afirmar que de no existir esta, las injusticias en la contratación estatal no pararían, pues la falta de esta generaría la vulneración de principios rectores de la contratación estatal, tales como el de imparcialidad, transparencia e igualdad.

Esta incompatibilidad evita en todos los sentidos que la contratación se vea viciada, pues de no existir su reglamentación, la adjudicación del contrato no se daría con total transparencia, tampoco de manera imparcial y mucho menos en condiciones iguales de competencia.

Para evitar que esto pueda suceder, existen medios de control, quienes se encargan de verificar los principios orientadores de la contratación estatal y así cumplir con los fines del estado.

Según Alonso Rico hace referencia a estos medios de control diciendo:

“Por ser la contratación un segmento de la función pública y estar de por medio la realización de los fines del estado, se previó en el Estatuto Contractual y en diversas disposiciones, la participación de diferentes organismos y de la comunidad misma, con el

fin de verificar la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el cumplimiento de los fines de la contratación.”

Según el autor en cita, para estos efectos cumplen un papel importante:

Ministerio Publico, Fiscalía General de la Nación, Órganos de control Fiscal, Participación comunitaria, Veedurías ciudadanas, Asociaciones profesionales, Cuerpos consultivos del gobierno, clausulas o potestades excepcionales, clausulas no excepcionales de contenido sancionatorio, acción popular y la acción pública. (Rico, 2018)

En el caso puntual de las Veedurías ciudadanas, se resalta que estas buscan el respeto de los principios orientadores de la contratación estatal, y dentro de esto está, también, el evitar ya sea un falso intermediario que oculte la relación de parentesco del servidor público de la entidad contratante con el verdadero contratista o una “empresa pantalla”, pues el servidor público allí elige esta empresa como la mejor opción, pero lo que en realidad busca es que esta empresa contrate a su pariente, lo que claramente va en contra de los principios fundamentales de la contratación estatal.

Lo expuesto anteriormente se traduce a la real necesidad que existe en que estas dos incompatibilidades en razón del parentesco estén reglamentadas, pues así como las demás, estas cumplen el fin determinado de hacer cumplir los principios orientadores de la relación contractual del estado con los particulares y por consiguiente cumplir mediante esta herramienta que es la contratación estatal, los fines del Estado.

CONCLUSIONES.

Teniendo en cuenta la diferenciación jurisprudencial y doctrinal de los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, y analizando los preceptos normativos, se logran identificar dos incompatibilidades en razón del parentesco:

ARTICULO 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales:

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 o concurso.

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

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Estas incompatibilidades juegan un papel bastante importante en cumplimiento de los fines del Estado mediante la herramienta de la contratación estatal, pues se protegen los principios orientadores, principalmente aquellos referidos a la transparencia, imparcialidad e igualdad.

Además, se debe tener en cuenta que el contratista es un colaborador del Estado, por ende, debe tener interés en garantizar el cumplimiento de la normatividad colombiana, los derechos de la comunidad en general y no solo en función de lograr sus intereses particulares.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, ésta solo se queda en el ámbito del derecho privado, pues en este, se pueden pactar las condiciones de mutuo acuerdo, esto siempre y cuando no vayan en contra de la ley; sentido contrario pasa en la contratación pública, pues allí el objeto va más allá de un interés particular, donde se propende por el bienestar colectivo y por esto se deben respetar todas y cada una de las disposiciones establecidas en torno a esta, principios como igualdad y buena fe, no se advierten vulnerados con el establecimiento de estas dos incompatibilidades que buscan una contratación transparente y preocupada por la protección del erario.

El gran llamado, para concluir, es a toda la comunidad para que a través de veedurías ciudadanas, intervengan y se preocupen por que el Estado adelante procesos de selección del contratista ajustados a los principios que impidan el derecho, y en particular, la Constitución Política.

Referencias.

- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-826, Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.
- Decreto Ley 09. (2012). Recuperado de:
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-711. Magistrado Mauricio Gonzales Cuervo
- Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324). C.P. Mauricio Fajardo López.
- Consejo de Estado. (2011). Sala de lo contencioso administrativo. Radicado: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.
- Consejo de Estado. (2001). Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado: 1344. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.
- Consejo de Estado. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 16306. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-178. Magistrado Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-200. Magistrado Eduardo Montealegre Lynett
- Jaramillo, D. Alexandra. (S.F.). De las inhabilidades e incompatibilidades en Colombia en contratación estatal.

- Consejo de Estado. (2014). Concepto Marco 03.
- Consejo de Estado. (2017). Concepto 2191. Magistrada Claudia Patricia Hernández León.
- Pineda, Rosa (2004). Régimen de Inhabilidades de los Servidores Públicos. Bogotá D.C. Colombia. Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Rico, Alonso (2018). Teoría General y Practica de la Contratación Estatal.
- Decreto 410. (1971). Recuperado de:
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-934. Magistrado Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-228. Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-353. Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-147. Magistrado Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-038. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-1039. Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.