

CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL / ENTIDADES EXCLUIDAS DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Deber de observación de los principios constitucionales que rigen la función administrativa y aplicar las inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal

[S]i bien es cierto que el Estatuto de Contratación Estatal excluyó de su aplicación a algunas entidades, también lo es que dicha exclusión no abarcó los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales están llamados a gobernar la actividad contractual de este tipo de entidades. En otros términos, siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007. Esta modificación persigue que la actividad contractual de tales entidades, las cuales forman parte de la Administración Pública, esté al servicio de los intereses generales, a fin de que se garantice el cumplimiento de los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa, verdaderos regentes de la actividad del Estado en materia contractual, y con independencia del régimen de derecho que resulta aplicable. Dichos principios coinciden en su mayoría con aquellos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 3). Lo anterior implica que las entidades excluidas en su actividad contractual del régimen general de contratación estatal observen y respeten los citados principios constitucionales de la función administrativa, razón por la cual es necesario que armonicen su aplicación, conforme con su régimen legal especial, sin que por ello se desnaturalice la actividad comercial, mercantil, industrial o financiera que desarrolla ni su carácter. De modo que las entidades sometidas a regímenes especiales deben regular en su manual de contratación los procedimientos de selección y establecer mecanismos que garanticen la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 Ley 1150 de 2007. (...) [C]onsidera la Sala que del propio texto del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se infiere que la aplicación de los principios se debe hacer de acuerdo con el régimen especial que corresponda a la entidad exceptuada del régimen general, lo que implica hacer un ejercicio de adecuación, armonización e interpretación normativa que respete el núcleo esencial de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, así como la aplicación de los supuestos de las inhabilidades e incompatibilidades, pero, al mismo tiempo, reconozca la especialidad del régimen (generalmente del derecho privado) sobre el cual se aplica y no lo desnaturalice o desvirtúe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los principios de la función administrativa en los procesos contractuales de las entidades estatales, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014, (Exp. 25.801).

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN / ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL / EXCEPCIONES AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL - Las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia

con los particulares o actúen en mercado regulados se encuentran exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

[L]a contratación de las entidades estatales que están exentas de contratar bajo el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia con los particulares o actúen en mercado regulados, está dominada por las reglas del derecho privado, es decir, la ley civil y la ley mercantil. No obstante, en aras de garantizar el interés general o público, se contempló que están obligadas a observar los principios de la función administrativa (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), lo cual no significa que deban someterse a sus procedimientos o modalidades de selección, siempre que garanticen la selección objetiva. De todo lo anterior se colige que las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o, ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales se celebran contratos estatales especiales que se rigen por las disposiciones que regulen su actividad, sin perjuicio, tal y como arriba se expuso, de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de citada ley 1150, o sea que deben aplicar en su actividad contractual los principios de la función administrativa consagrados constitucionalmente, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están sometidas al control fiscal, esto es, a la supervisión y control que ejerce la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 2 NUMERAL 1 LITERAL A / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 85 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 93 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 14

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza jurídica de los contratos estatales, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. (Exp. 32.556).

EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ / SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS / SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – El Metro de Medellín Ltda cuenta con un Régimen contractual mixto y los negocios jurídicos que celebre se reputan contratos estatales especiales en consideración a la actividad mercantil que ejerce

[L]a Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada o Metro de Medellín Ltda., es una sociedad entre entidades públicas, Municipio de Medellín y Departamento de Antioquia, constituida bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, y asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal. Así las cosas, dada su naturaleza jurídica y considerando que la Empresa Metro de Medellín Ltda. desarrolla -según se dice en sus estatutos, art. 3- la actividad mercantil de prestación del servicio de transporte público de pasajeros y que, según afirma la propia entidad -en la consulta y en otros actos-, lo hace “en competencia con empresas del sector privado que incursionan y se dedican a esa misma actividad en el mercado”, el régimen jurídico de su actividad contractual, según los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007, es mixto, y los negocios jurídicos que celebre se reputan contratos

estatales especiales, pues se rigen por las normas del derecho privado propias de su actividad y por las normas del derecho público relacionadas con los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y la gestión fiscal de que trata el artículo 267 ibídem y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 38 PARÁGRAFO / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 14

CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplicables a las entidades exceptuadas del Estatuto de Contratación Estatal

[E] artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades estatales que por mandato legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estarán en todo caso sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993 y en las normas que la modifiquen o adicionen. De manera que, conclusión obligada es que el régimen normativo que disciplina las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cubre los contratos que celebren las entidades estatales que se financien con recursos públicos, según el ámbito de aplicación de la Ley 1150 de 2007 (artículo 1), con independencia del régimen de contratación que les resulte aplicable y el tipo de entidad estatal que los suscriba. Así, la Sala observa que para el caso de la Empresa Metro de Medellín Ltda., resulta aplicable el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, pues, según lo señalado en la consulta, su actividad (prestación del servicio masivo de transporte público) se encuentra en competencia con las empresas de transporte del sector privado, tal como lo prevé el artículo 14 ibídem. Por esta razón, aunque dicha entidad estatal está excluida del régimen de contratación estatal en virtud de la actividad comercial que desarrolla, cuando celebre contratos se sujeta al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto de Contratación Estatal y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 1 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 14

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2015, (Exp. 2260).

ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Incompatibilidad para contratar con personas jurídicas por relaciones funcionales con miembros de la junta directiva de la entidad pública contratante

[E] Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 8 numeral 2 literal d) establece dentro de las causales de incompatibilidades, entre otros supuestos, cuando un miembro de la directiva de una entidad estatal contratante, en forma simultánea, participe o ejerza un cargo de dirección o manejo en la sociedad proponente o contratista. La norma transcrita prohíbe a las entidades públicas contratar con las personas jurídicas citadas en ella, cuando un

miembro de su junta directiva tiene a su vez participación o desempeñe cargos de dirección o manejo en dicha persona jurídica oferente o contratista o sus familiares en los grados allí señalados. (...) Es claro que la incompatibilidad se establece por el ejercicio del cargo que tiene el servidor público o sus parientes en la entidad contratante y el cargo de dirección o manejo en la persona jurídica contratista, o por su participación en esta última (o la de sus parientes). La prohibición pretende, entre otros aspectos, evitar que personas que ostentan simultáneamente los cargos a los que alude la norma y que conocieron con antelación elementos esenciales del proceso de contratación, saquen ventaja o provecho de dicha situación respecto de los demás participantes, o que puedan ejercer influencia en la celebración del contrato, violando los principios de igualdad, objetividad, moralidad y transparencia, los cuales justifican la limitación en el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8 NUMERAL 2 LITERAL D

CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Efectos de las inhabilidades e incompatibilidades en el contrato estatal

Cuando una persona participa en el proceso de selección o celebra un contrato estatal incurra en una causal de inhabilidad o incompatibilidad se generan varios efectos por violación de la prohibición, a saber: (i) Si es durante el proceso de selección que se evidencia la situación, la entidad estatal debe rechazar la oferta o propuesta; (ii) Si se hubiese adjudicado el contrato pero este no se hubiere suscrito y se percata la entidad de esa circunstancia, no es posible que pueda celebrarse; (iii) Las anteriores dos situaciones hacen acreedor al oferente de una nueva inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que se extenderá por un término de cinco (5) años, contado a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso o la celebración del contrato estando incurso en una inhabilidad o incompatibilidad. Igualmente, deben comunicarse a la Cámara de Comercio para que en el Registro Único de Proponentes quede constancia de las mismas (artículo 6 de la Ley 1150 de 2007), y a la Procuraduría General de la Nación para su registro (artículo 31 de la Ley 80 de 1993); (iv) Si se celebra el contrato estatal regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, está viciado de nulidad absoluta, de conformidad con el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que así lo dispone expresamente; (v) Igual sanción legal se predica respecto de los contratos estatales especiales regidos por el derecho privado, esto es, están viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito, según los artículos 1519, 1523 y 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio; (vi) Aunque las nulidades deben ser declaradas por los jueces, el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, ordena al representante legal o jefe de la entidad contratante, cuando existan ciertas causales de nulidad absoluta del contrato, dentro de las que está aquella de haberse celebrado con personas que tengan una inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, a darlo por terminado unilateralmente; (vii) En ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), cualquiera de las partes, el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo pueden solicitar que se declare la nulidad absoluta del contrato (y pedir como medida cautelar la suspensión del contrato mientras se tramita el proceso); igualmente, el juez administrativo la puede declarar de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes; (viii) La facultad de terminación

unilateral del contrato establecida en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, cuando se haya celebrado con una persona incurso sobre la que pese una causal de inhabilidad o incompatibilidad, no resulta aplicable en el caso de entidades exceptuadas del ámbito de esa ley, teniendo en cuenta que sus contratos se gobiernan por el derecho privado y por los aspectos de derecho público taxativamente considerados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dentro de los cuales no se consagra dicha potestad jurídica o privilegio, razón por la cual debe acudir siempre al juez del contrato en caso de que se pretenda su extinción con fundamento en la nulidad absoluta que se configura por objeto ilícito; (ix) Como se indicó, existirían otras dos posibilidades: 1) terminarlo de común acuerdo, o 2) terminarlo unilateralmente, por parte de la entidad estatal, cuando en el contrato, previo consentimiento de las partes, se le haya otorgado expresamente esa potestad a una de ellas, en este caso la Administración, mediante una cláusula resolutoria expresa por tal motivo, o cuando la ley (el Derecho privado) lo autoriza excepcionalmente y para cierto tipo de contratos (arrendamiento, mandato, prestación de servicios, etc.). Con todo, tales eventos, no evitarían, en modo alguno, que se configurara la nueva inhabilidad consecuente por haberse celebrado un contrato estando inhabilitado el contratista, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se explica en este concepto, ella opera ipso iure, y tampoco impide que la entidad estatal cumpla con su deber de demandar judicialmente la nulidad absoluta del contrato. (x) Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993); (xi) Si sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita adjudicarlo al proponente calificado en segundo lugar (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993); (xii) Si sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual, deberá este, previa autorización de la entidad, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993); si sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal, el miembro que se viere afectado deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1519 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1523 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1741 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 899 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8 NUMERAL 1 LITERAL B / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 9 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 30 NUMERAL 12 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 6 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 9 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / C.P.A.C.A. – ARTÍCULO 141

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inhabilidad consecuente para quienes presentan oferta en licitaciones o celebran contratos estando inhabilitados, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25.646); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2011, (Exp. 16306) y Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. (Exp. 1732).

CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / EFECTOS DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN EL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Deber de atender el derecho al debido proceso del contratista cuando se configura una causal inhabilidad o incompatibilidad

Cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, teniendo en cuenta que se trata de una restricción a las libertades individuales, es necesario garantizar y acatar el principio del debido proceso (art. 29 C.P.) y, en particular, los derechos de defensa y contradicción del eventual afectado, para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente y se pueda aplicar la inhabilidad. Igualmente, las entidades estatales contratantes sujetas a un régimen especial de contratación o al derecho privado, en el evento en que se configure una inhabilidad o incompatibilidad respecto de un oferente interviniente en un proceso de selección, deben atender también el debido proceso, razón por la cual, pese a que su actividad precontractual se sujeta al Derecho privado, no pueden rechazar de plano por ese motivo, dado que esa decisión podrían adoptarla luego de adelantar una actuación administrativa especial en relación con ese oferente afectado, de manera que se le otorgue la oportunidad para ejercer sus derechos de defensa y contradicción. El acto con el que culmine la actuación es de carácter administrativo y puede ser susceptible de impugnación a través de acción interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 138 Ley 1437 de 2011). Cabe precisar que, aun cuando dichas entidades exceptuadas adelantan su actividad contractual bajo el dominio de su régimen legal (generalmente del Derecho privado), en tal caso es necesaria la expedición de un acto administrativo en la etapa precontractual y no un simple acto privado, toda vez que, se reitera, la decisión de rechazo unilateral de la Administración que le impide al proponente seguir participando y celebrar un contrato se fundamenta en una norma del Derecho público administrativo y –no del Derecho privado- y debe respetar el debido proceso, como lo manda el artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual es necesario desarrollar una actuación administrativa exclusivamente para tal efecto en la que se involucre a ese oferente. En virtud de lo anterior, la empresa Metro de Medellín Ltda., a pesar de estar sujeta a un régimen de contratación especial (normas de derecho público y privado) debe garantizar el debido proceso y las formalidades previstas en la ley en las actuaciones y decisiones que se deriven de la aplicación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades que se presenten en relación con un proponente, y en particular, que estas se profieran por el funcionario competente, esto es, una por el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien éste delegue. Cuando ya se hubiese celebrado el contrato con una persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, y se advierta esta situación durante su ejecución, no es posible que expida actos administrativos terminando unilateralmente el contrato al amparo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, sino que, como se señaló, debe demandar judicialmente la nulidad absoluta que se configura por objeto ilícito.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 59 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber de respetar y acatar el derecho al debido proceso de los contratistas por parte de las entidades estatales contratantes

sujetas a un régimen especial de contratación o al Derecho privado, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015, (Exp. 2264).

CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – No se encuentra en sentido estricto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto principalmente en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, no regula en estricto sentido la figura de los conflictos de intereses. Las prohibiciones para participar y celebrar contratos están desarrolladas mediante las inhabilidades e incompatibilidades y aquellos hacen parte del régimen de responsabilidad personal de índole disciplinaria del servidor público previsto en la Ley 734 de 2002 y las normas de la Ley 1437 de 2011 aplicables en las actuaciones administrativas. Por lo tanto, debe distinguirse, de una parte, la responsabilidad disciplinaria del servidor público cuando actúa mediando respecto de él un conflicto de interés; y de otra parte, los efectos que tal conducta podría tener en la actividad contractual, en la medida en que, simultáneamente, dicha conducta configure legalmente también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley, en cuyo caso las consecuencias afectan a la persona natural o jurídica proponente o contratista. Es decir, se trata de dos situaciones jurídicas distintas: la del servidor público, sujeto a una eventual sanción disciplinaria bajo un régimen de responsabilidad personal; y la del proponente, oferente o contratista, sujeto a una prohibición para contratar con las entidades estatales por encontrarse incurso en una limitación o restricción de su capacidad negocial con el Estado. Así, en relación con la contratación estatal, el instituto del conflicto de interés no operaría únicamente como una separación en el procedimiento de contratación del servidor público que incurra en el mismo y, por ende, se encuentre en el deber de abstenerse de intervenir y tomar decisiones en asuntos concernientes a dicha actividad, sino también podría hacer referencia a la imposibilidad de intervención de un particular que desea participar como oferente en el respectivo procedimiento, siempre y cuando ese hecho que se califica como conflicto de interés simultáneamente implicara también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en el régimen legal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 8

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses en la función pública, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2007. (Exp. 1822).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses de un ex miembro de junta directiva de una sociedad cuyo régimen aplicable es de empresa industrial y comercial del Estado. Consecuencias frente a los contratos celebrados contraviniendo tal régimen.

El Ministerio de Transporte consulta a la Sala sobre el marco legal que rige el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, en particular, el régimen aplicable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses a propósito de las actuaciones realizadas por un ex miembro de la junta directiva de una sociedad descentralizada por servicios y las consecuencias frente a los procesos de selección y contratos celebrados, si se presentara violación a dicho régimen.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio, previa cita y transcripción del contenido de los artículos 209 y 210 de la C.P. (principios de la función administrativa y creación de entidades del orden nacional), del párrafo final del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 (integración de la rama ejecutiva del poder público), de los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007 (principios de la actividad contractual para las entidades no sometidas al Estatuto de Contratación y régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado) y del artículo 41 de la Ley 734 de 2002 (extensión de las inhabilidades e incompatibilidades), señala que la consulta presentada busca aclarar algunas inquietudes sobre el marco legal que rige el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, en particular respecto de *“las actuaciones ejercidas por un ex miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. – Metro de Medellín Ltda., efectuando las precisiones jurídicas subsiguientes, para el respectivo análisis y concepto legal”*.

Como antecedentes indica los siguientes:

1. La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., Metro de Medellín Ltda., (en adelante citada también bajo esta última denominación) es una sociedad de responsabilidad limitada, descentralizada por servicios y adscrita al Municipio de Medellín, con régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, según el párrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.
2. Su régimen contractual es de derecho privado, porque, a pesar de tener un capital cien por ciento (100%) público, se encuentra en franca competencia con el sector privado, por lo cual *“se entiende que presuntamente estaría por fuera de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por interpretación del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007”*.
3. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las entidades, sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se sujetan al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal.
4. En tanto Metro de Medellín Ltda. se encuentre exceptuada del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no

puede ejercer facultades derivadas de las cláusulas excepcionales al derecho común, como las declaratorias de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos, ni aplicar las cláusulas como la imposición unilateral de multas y la liquidación unilateral de los contratos, entre otras.

5. Metro de Medellín Ltda. está sujeta a la permanente vigilancia y control por parte de la Contraloría General de Medellín, la cual, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, adelanta auditorías a la entidad. Mediante informe emitido por dicha Contraloría, en ejercicio de su función de auditoría fiscal, se estableció *“como hallazgo -con incidencia disciplinaria y penal-, la existencia de un conflicto de intereses, derivado de la suscripción de un contrato con la Empresa (...) y Metro de Medellín Ltda., respecto del cual, un miembro de la junta directiva de la mencionada sociedad, para la misma época y de manera simultánea, conformaba la junta directiva de la sociedad contratista que estableció vínculos contractuales con la mencionada empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo a todas luces, una situación irregular en criterio del Órgano de Control”*.

En relación con el informe presentado, Metro de Medellín Ltda. hizo un análisis de la situación, identificando los siguientes aspectos:

- a. De conformidad con los Estatutos Sociales, el Presidente de la República nombró mediante decreto a un miembro de la junta directiva de la empresa el 10 de febrero de 2014 y se posesionó el 27 de febrero del mismo año. El miembro de la citada junta presentó renuncia al cargo ante la Presidencia de la República el 27 de julio de 2015, el 4 de septiembre la remitió a Metro de Medellín Ltda. y la renuncia se inscribió en el Registro Mercantil el 7 de septiembre de 2016.
- b. En la firma contratista fue designada la misma persona como miembro de la junta directiva el 8 de abril de 2013, dicho nombramiento fue registrado el 5 de junio del mismo año y renunció el 15 de octubre de 2015, con aceptación del 30 de octubre de ese año e inscripción de la decisión en la Cámara de Comercio el 15 de marzo de 2016.
- c. Metro de Medellín Ltda. celebró un contrato con la firma contratista el 16 de marzo de 2015, cuyo objeto era la prestación de servicios de asistencia técnica y pericial. Posteriormente, celebró otro contrato con esa misma firma, el 14 de diciembre de 2015 para la realización de un estudio de vulnerabilidad conceptual y asesoría estructural.

6. El artículo 41 de la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único- dispone que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos de los gerentes, directores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta del orden nacional, le resulta aplicable también a los mismos servidores del nivel territorial. A su turno, el artículo 23 *ejusdem* establece que es falta disciplinaria, incurrir en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en dicho código, que conlleven el incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, siempre y cuando dicha conducta no se encuentre amparada por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad plasmadas en el artículo 28 de la ley citada.

Por último, el consultante incluye una gráfica para explicar la situación a que se refiere la consulta.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Transporte formula las siguientes **PREGUNTAS:**

1. *¿En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por el ex miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.- Metro de Medellín Ltda., se configuró un conflicto de intereses y/o vulneración al régimen de inhabilidades e incompatibilidades expuesto en el articulado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, modificado por la Ley 1474 de 2011?*

2. *En el evento en que un miembro de la Junta Directiva de una empresa participante en un proceso de selección y/o celebración de contrato, previamente a dicho negocio jurídico, se encuentre incurso en una o varias de las causales de incompatibilidad señaladas en el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993; ¿se genera automáticamente la inhabilidad de que trata el literal b, numeral 1º del artículo 8º ibídem? ¿De darse tal situación, cuál sería el término de inhabilidad consecuente? ¿Qué otras consecuencias legales se desprenden de tal situación?*

3. *En cualquier caso, conflicto de intereses, incompatibilidad o inhabilidad, ¿es necesario que la entidad contratante y/o una autoridad administrativa o jurisdiccional presente ante la autoridad competente una declaratoria de la situación para que se entienda configurada? Es decir, (i) ¿esa situación opera de pleno derecho o es necesario que exista pronunciamiento expreso al respecto a través de un acto en donde se señale que efectivamente la situación tuvo lugar? (ii) ¿el pronunciamiento expreso debe ser emitido por la entidad contratante u otra autoridad? (iii) ¿Del pronunciamiento que se realice se le debe dar traslado al contratista para que se pronuncie al respecto?*

4. *En el evento en que una entidad no esté sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ¿ésta se considera competente para hacer la declaratoria indicada en el numeral anterior? ¿En tal evento, en el curso de un proceso de selección qué acto se utiliza para hacerlo? O si el contrato ya está en ejecución, ¿puede la Entidad expedir un acto administrativo de terminación unilateral ordenando además la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993? o si el contrato ya se encuentra terminado ¿cómo debe procederse? La anterior situación no solamente en relación con la posibilidad de declaratoria, sino frente a la existencia de obligaciones pendientes, como obligaciones de pago por actividades ya ejecutadas y recibidas a satisfacción ¿pueden pagarse?*

5. *En caso de que la declaratoria deba realizarla la entidad no sometida al Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, ¿Qué publicidad debe dársele al acto, se debe comunicar a la Cámara de Comercio y/o al sistema SIRI de la Procuraduría General de la Nación? Así las cosas, ¿Debe la entidad exceptuada instaurar acción contractual para obtener la Declaratoria de Nulidad de los Contratos mencionados, o se presenta otra acción judicial alternativa o simultánea que debería emprenderse en estos casos?*

Antes de desarrollar las respuestas de la consulta, es necesario precisar que mediante auto del 13 de junio de 2017, la Sala por conducto del Magistrado Ponente solicitó el envío de la siguiente documentación: i) Copia de los estatutos sociales vigentes de la empresa junto con sus modificaciones; ii) Reglamento de

contratación adoptado por la empresa; iii) La reglamentación de carácter interno proferida por las autoridades territoriales que regulen los aspectos a que se refiere la consulta; iv) Información sobre procesos judiciales que soliciten la nulidad de tales actos, si los hay; v) Copia del informe proferido por la Contraloría a que alude la consulta y, v) Designación del ex miembro de la junta directiva en las sociedades, renuncia, aceptación e inscripción de la misma en la Cámara de Comercio. Mediante comunicación del 29 de junio de 2017, recibida el 7 de julio de ese mismo año, la Secretaría General del Metro de Medellín Ltda., remitió la documentación solicitada (65 folios) y una memoria contentiva de la misma.

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a los interrogantes formulados en la consulta, la Sala, previa advertencia, se referirá a: i) Regímenes exceptuados del estatuto general de los contratos estatales y sus límites; ii) Régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, iii) Naturaleza y régimen jurídico de contratación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada - Metro de Medellín Ltda.-; iv) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal; v) Consecuencias frente al contrato estatal celebrado con una persona incurso en una causal de inhabilidad y, v) Régimen de los conflictos de intereses.

Advertencia preliminar

La función consultiva asignada a esta Corporación en el numeral 3 del artículo 237 de la C.P¹., constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

Según lo informado en la consulta y los documentos remitidos a esta Corporación, se advierte que la Contraloría General de Medellín ejerció su función de auditoría fiscal por los hechos planteados en la consulta y determinó que el hallazgo administrativo formulado con base en los mismos tenía incidencia presuntamente disciplinaria y penal, por lo que daría traslado a los órganos competentes. Esto impide a la Sala referirse en forma particular a las actuaciones ejercidas por un ex miembro de la junta directiva de la Empresa Metro de Medellín Ltda., toda vez que de tiempo atrás ha considerado que no es procedente pronunciarse cuando la consulta tenga como objeto asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas a los que se estén debatiendo en un proceso de responsabilidad fiscal², o se refieran a conclusiones ya emitidas en ejercicio de la función fiscal por los órganos de control en sus informes de auditoría y referidas a asuntos con supuestas connotaciones disciplinarias o judiciales, las cuales presumiblemente ya habría la Contraloría General de Medellín enviado y puesto

¹ Disposición desarrollada en el artículo 38 numeral 1 Ley 270 de 1996 y en el artículo 112 numeral 1 Ley 1437 de 2011.

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos del 19 de mayo de 2005, (Rad. No. 1645) y del 15 de febrero de 2006, (Rad. No. 1714).

en conocimiento a las autoridades competentes, como así lo advirtió en el informe de resultados del proceso auditor.

En efecto, cuando el objeto o aspectos de la consulta están siendo debatidos desde los órdenes fiscal, disciplinario o judicial, como estaría sucediendo con algunos aspectos de la misma –al menos se conoce que fiscalmente- y las situaciones derivadas de estos no han finalizado, la Sala debe abstenerse de pronunciarse para no interferir en la función de control fiscal que le corresponde exclusivamente a la Contraloría, o en las funciones disciplinarias o judiciales³ que le competen privativamente a otros órganos, de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Esta situación podría ocurrir si se emitiera un concepto sobre puntos específicos en los que se solicita analizar y calificar conductas personales de un ex servidor público en una actividad administrativa ya auditada, que escapen del alcance y finalidad de la función consultiva asignada a esta Sala y sobre las cuales no cuenta ni siquiera con las pruebas ni menos aún con las intervenciones de todas las partes involucradas y en general con los elementos de juicio propios de los procedimientos y procesos a cargo de los organismos fiscales, disciplinarios y penales.

Es decir, emitir un concepto en esos aspectos, no solo podría afectar el resultado del proceso de auditoría fiscal sino interferir en las funciones, el desarrollo de las competencias y los pronunciamientos de autoridades de control y judiciales que pudieran estar conociendo del asunto con base en el citado informe auditor del organismo de control. En esa medida, la Sala se referirá de manera general a los temas objeto de consulta sin aludir de forma particular a los aspectos que son objeto de la investigación, vigilancia y auditoría fiscal, los cuales, por las razones anotadas, no son asuntos susceptibles de absolver por vía de la función consultiva, pues no es de su competencia determinar si existió o no en un caso concreto y particular un conflicto de interés o una inhabilidad o incompatibilidad al celebrar la Administración un contrato específico.

1. Regímenes exceptuados del estatuto general de los contratos estatales y sus límites

La Ley 80 de 1993 o “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” tiene por objeto consagrar las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1º)⁴. Partiendo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, persigue la satisfacción directa o indirecta del interés público o las necesidades colectivas (art. 3 *ejusdem*⁵), con un criterio de universalidad pretendió establecer un marco normativo general, homogéneo y uniforme para la actividad estatal en materia de contratación

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos del 20 de octubre de 1987, (Exp. 161), del 12 de noviembre de 1992, (Exp. 480) y del 24 de junio de 1996, (Exp. 816).

⁴ La Ley 80 de 1993 acoge la teoría monista o unitaria del contrato, eliminándose la teoría de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, consagrada en la Ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983. Con su expedición se unificó la naturaleza jurídica del contrato estatal y se concentró la labor juzgadora de las controversias que surjan con ocasión del mismo en una sola jurisdicción, en la de lo contencioso administrativo (artículos 32 y 75 Ley 80 de 1993).

⁵ De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos deben buscar “*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*”.

pública⁶, como lo ordenó el artículo 150 (*in fine*) de la Constitución Política, que le otorgó al Congreso la competencia para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

A su vez, el artículo 13 del estatuto en mención, dispuso que “[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.” (...). (La Sala subraya). Por regla general, entonces, las entidades estatales dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando celebren contratos deben cumplir con las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y cláusula penal una vez pactadas, las garantías del contrato, las nulidades del contrato estatal, el silencio administrativo positivo, la liquidación del contrato, entre otras.

Con otras palabras, el régimen de derecho de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales, en ausencia de norma especial en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen (arts. 13, 32 y 40). Existe, pues, una remisión a los conceptos, instituciones y principios de los contratos del derecho privado, salvo en aquellos aspectos que ameritan un tratamiento especial debido a la participación de una entidad estatal, al interés general, y a los fines y principios que esta debe alcanzar, aplicar y respetar. Suscrito el contrato estatal, la normativa a la que se debe remitir en procura de resolver los fenómenos que se presenten durante la ejecución del contrato es la contenida en el derecho privado, salvo las materias que puntualmente regula la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifican y adicionan.

La remisión y utilización de instituciones propias de la contratación privada en la contratación estatal y, por tanto, la aplicación de normas civiles y mercantiles en dicha actividad, es una manifestación de la tendencia denominada años atrás por la doctrina como la “huida del Derecho administrativo al Derecho privado”⁷, fenómeno que consiste en la búsqueda y adopción por parte de la administración pública de fórmulas organizativas, de maneras de actuar y de herramientas

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 29 de mayo de 2003, (Exp. No. 1488), reiterado en el Concepto de 20 de noviembre de 2003, (Exp. No. 1537). Vid. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992, Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993: “La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado.”

⁷ Como el Derecho administrativo, en sentido restringido, supone formalismos y garantías, que implica limitaciones y restricciones en aras de controlar y racionalizar el poder de la Administración y privilegiar el interés general sobre el interés particular, en ciertas actividades que acomete el Estado se necesita un proceso más flexible y ágil, con la utilización de los esquemas, herramientas y normas que se aplican por los particulares en sus relaciones y actividades, de ahí que tiende a escapar al Derecho privado para la consecución de esa mayor eficacia y flexibilidad en su actuar.

previstas en el derecho privado, a fin de dar una mayor flexibilidad, celeridad, eficiencia y eficacia a su gestión.

Generalmente esta tendencia de la “huida del Derecho Administrativo” en la actuación del Estado se expresa de dos maneras: la primera, consiste en la adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del Derecho civil y del Derecho comercial, como son la utilización por el Estado de formas societarias (creación de sociedades de economía mixta y sociedades comerciales), en el cumplimiento de ciertas actividades y labores económicas, comerciales, mercantiles, industriales, financieras, entre otras, que presta el Estado en interés general pero en competencia con los particulares, en cuyo caso la respectiva actividad se disciplina por el régimen jurídico del Derecho privado; y la segunda, la aplicación del Derecho privado dentro de formas institucionales del Derecho público, es decir, en entidades públicas⁸, alcanzando auténticas o típicas funciones administrativas.

No obstante, la coexistencia del Derecho público y del Derecho privado y la combinación de estos, en condición de herramientas para el desempeño de la labor administrativa y la gestión pública, debe tener límites y fronteras entre uno y otro régimen de acuerdo con el ordenamiento jurídico y en la perspectiva que finalmente están sujetos a un régimen superior previsto en la Constitución Política. De ahí que, aun cuando ciertas entidades de la administración en su actividad pueden acudir a normas del derecho común, e incluso a formas de gestión privadas, no les es posible escapar totalmente hacia el Derecho privado ni evadir completamente el Derecho público por las vinculaciones que les impone la Constitución Política y la ley (por ejemplo, en materia de derechos y garantías fundamentales, los principios de la función administrativa y del control fiscal, entre otros), debido a su naturaleza, los recursos públicos que manejan y el interés general que persiguen, esto es, con el fin de que no pierdan su esencia, misión y los fines públicos que deben alcanzar según la Constitución y la ley, con lo cual se evita la arbitrariedad y el inadecuado manejo de los recursos públicos.

Así, es a través de las disposiciones constitucionales en materia de función administrativa y de las normas sobre manejo de recursos públicos, que se logra una recaptura, por así decirlo, del Derecho administrativo de aquellas actividades de la administración regidas por el Derecho privado, lo que significa un retorno o vuelta –aunque fuere parcial– de dichas actividades a unos mínimos del Derecho público. Se reconoce, por tanto, que aun cuando la Administración acude a las normas, esquemas y nociones propias del Derecho común, los adapta a los principios que deben guiar y aplicarse en las actuaciones de la Administración contemplados en el Derecho administrativo.

De manera que no existe una total escisión entre el Derecho público y el Derecho privado⁹, ni mucho menos se puede entender que la autonomía del Derecho administrativo consista en que sus instituciones sean totalmente distintas a las del Derecho privado y que sean de tal manera irreconciliables que no permitan un intercambio normativo¹⁰. Un buen ejemplo de esto, se presenta en la actividad

⁸ Tafur Galvis, Álvaro. Estudios de Derecho Público, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p 95 y ss.

⁹ Desde la época romana, dos pasajes idénticos del Corpus iuris (Instituciones I.1,4 y Digesto I,1,1,2) definen el derecho público como “lo que se refiere a la condición del Estado” (*quod ad statum rei romanae spectat*) y el derecho privado como “lo que atañe a la utilidad del individuo” (*quod ad singulorum utilitatem*).

¹⁰ En materia de contratación del Estado confluyen principios y reglas jurídicas que se originan de fuentes diferentes y que amparan intereses distintos, provenientes del Derecho público y del Derecho privado. Puede afirmarse que el Derecho público y el Derecho privado hallan en la

contractual del Estado, de la cual es posible predicar, como se desprende del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es “unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado”¹¹.

En esta misma dirección, aunque con un mayor grado de intensidad de la tendencia a escapar del Derecho público, sin lograrlo completamente, también se observa que la propia ley ha excluido de la aplicación del régimen general de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 a algunas entidades estatales, caso en el cual dichas entidades exceptuadas están facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas generalmente en el derecho privado o en un régimen especial, y desarrolladas además en sus manuales de contratación.

En efecto, pese a la corriente unificadora que inspiró la Ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, la ley ha venido consagrando paulatinamente un sin número de regímenes exceptuados o especiales en razón al tipo de entidades o al sector en el que se desempeñan o a la naturaleza de las actividades que estas ejercen¹², bien por considerarse que no son desarrollo de funciones administrativas o públicas, sino propias de mercados en los que se interactúa en competencia con particulares (actividad comercial y mercantil); ora por el simple prurito de darle agilidad y flexibilidad a actuaciones contractuales de ciertas entidades estatales, liberándolas, en uno y otro caso, de las formalidades y ritualidades del Derecho administrativo, así como de las facultades y prerrogativas unilaterales y exorbitantes de la Administración.

O sea, la ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras, incluso también en algunos casos por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del Derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de las mismas en condiciones legales que les de competitividad y agilidad para alcanzar sus fines.

contratación del Estado un espacio para la armonización a pesar de la confrontación inicial que supone su encuentro. La interpretación y aplicación debidas en esta materia supera su dicotomía, en la búsqueda del logro de los fines generales que animan la celebración y ejecución de los contratos en los que interviene el Estado.

¹¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 195, p. 675.

¹² A) Regímenes especiales identificados en leyes: Ley 17/92, Ley 24/92, Ley 30/92, Ley 31/92, Ley 35/93, Ley 37/93, Ley 84/93, Ley 87/93, Ley 89/93, Ley 100/93, Ley 105/93, Ley 115/94, Ley 117/94, Ley 118/94, Ley 138/94, Ley 142/94, Ley 143/94, Ley 182/95, Ley 185/95, Ley 187/95, Ley 209/95, Ley 226/95, Ley 272/96, Ley 300/96, Ley 302/96, Ley 310/96, Ley 318/96, Ley 321/96, Ley 397/97, Ley 434/98, Ley 448/98, Ley 486/98, Ley 487/98, Ley 534/99, Ley 617/00, Ley 632/00, Ley 685/01, Ley 686/01, Ley 805/03, Ley 814/03, Ley 915/04, Ley 973/05, Ley 1002/05, Ley 1089/06, Ley 1101/06, Ley 1105/06, Ley 1118/06, Ley 1148/07, Ley 1150/07, Ley 1185/08, Ley 1219/08, Ley 1286/09, Ley 1341/09, Ley 1369/09, Ley 1427/10, Ley 1438/11, Ley 1454/11, Ley 1469/11, Ley 1474/11, Ley 1508/12, Ley 1523/12, Ley 1530/12, Ley 1537/12, Ley 1551/12, Ley 1615/13, Ley 1617/13, Ley 1625/13, Ley 1659/13, Ley 1675/13, Ley 1682/13, Ley 1707/14, Ley 1708/14, Ley 1709/14. B) Regímenes especiales identificados en decretos: Decreto 393 de 1991, Decreto 591 de 1991, Decreto 1403 de 1992, Decreto 777 de 1992 ahora Decreto 092 de 2017, Decreto 1421 de 1993, Decreto 1876 de 1994 y Decreto 1200 de 1994. Cfr. Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, Concepto 47-N000310-2014-1207. Esta enumeración es simplemente enunciativa, pues además de los criterios utilizados relativos al sector, la entidad o el contrato, existen una serie de fondos –cuentas y con y sin personería jurídica- que tienen normativa especial, como por ejemplo el Fondo Adaptación creado por el Decreto Legislativo 4819 de 2010, para la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña.

Así, por ejemplo, sucedió con la Ley 30 de 1992 para las universidades públicas; la Ley 31 de 1992 para el Banco de la República; la Ley 100 de 1993 para las Empresas Sociales del Estado; la Ley 105 de 1993 para la Aeronáutica Civil; la Ley 142 de 1994 (reformada por la Ley 689 de 2001) para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios; la Ley 143 de 1994 para las empresas del sector eléctrico; la Ley 715 de 2001 para algunos contratos de los fondos de servicios educativos; la Ley 1118 de 2006 para Ecopetrol; la Ley 1150 de 2007 para los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal (art. 15) o ciertas entidades del sector defensa (Satena, Indumil, el Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial -COTECMAR- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-, art.16), o los de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) que estén en competencia con los particulares o actúen en mercados regulados (artículo 14, modificado por la Ley 1474 de 2011 en el artículo 93), entre otros.

Adicionalmente, se prevén regímenes contractuales especiales para ciertos tipos de contratos, como aquellos para apoyar entidades sin ánimo de lucro, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución y que cuentan con su propio estatuto contractual contenido en el Decreto 092 de 2017 (antes en el Decreto 777 de 1992); o los contratos de ciencia y tecnología regulados por la Ley 29 de 1990 y los Decretos ley 393 y 591 de 1991; o los contratos de servicios de telecomunicaciones que tenían un régimen de contratación especial, regulados en la propia Ley 80 de 1993, en sus artículos 33 a 36, y ahora por la Ley 1341 de 2009; o los contratos de suerte y azar de que trata la Ley 643 de 2001; o los contratos financiados exclusivamente con recursos de organismos multilaterales de crédito o con personas extranjeras de derecho público u organismos de asistencia y ayuda internacional previstos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007; o los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, que se rigen por la legislación especial aplicable a dichas actividades, como la Ley 685 de 2001 o Código de Minas (antes Decreto Ley 2655 de 1998), el Decreto ley 1056 de 1953 (Código de Petróleos, modificado por la Ley 10 de 1961) y el Decreto ley 2310 de 1974.

En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva de crear exclusiones a esta. Ciertamente ha sido una constante durante estos años la proliferación de excepciones a su aplicación que han desvirtuado el aludido propósito, pues ha dado lugar en la práctica a que la Ley 80 de 1993 no se aplica a todas las entidades del Estado, ante la existencia de muchos regímenes especiales que remiten al Derecho privado o a normas especiales. Casi podría decirse, sin temor a equívocos, que la cobertura o ámbito de dicho estatuto se reduce drásticamente cada vez más, debido a la existencia de un régimen jurídico de contratación estatal fragmentado, lo que de seguir -sin justificaciones válidas con el fin de desarrollar proyectos o políticas públicas por esta vía- podría llegar a convertir su aplicación en meramente residual.

Es decir, la creación de estas excepciones y la multiplicidad de regímenes especiales, supone seguir un camino peligroso, en tanto podría dar lugar a que una gran porción de la Administración pública se sujetara en exclusiva y totalmente al Derecho privado, lo cual no resulta conducente en un Estado de Derecho, en el que no es posible abandonar ni escapar integralmente del Derecho

administrativo y sus controles, establecidos con fundamento en el interés general que se persigue alcanzar siempre en las actuaciones de las entidades públicas bajo este modelo.

Por la aludida razón –y quizá en atención a los clamores de la jurisprudencia y la doctrina–, el mismo legislador en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer la naturaleza de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, que se encuentran sujetos a normas de carácter especial, e inclusive a normas de derecho privado, estableció límites a las mismas, así:

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

Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política¹³, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267¹⁴ y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Este precepto irradia los principios de la función administrativa en los procesos contractuales de las entidades estatales con regímenes exceptuados, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de donde se deduce que es intención expresa del Legislador la de sujetar su actividad contractual a unos mínimos del Derecho administrativo por la preponderancia de los intereses públicos que finalmente desarrollan y para precaver la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación, los sobrecostos, etc. (con fundamento en el preámbulo y en los artículos 2º, 123 inciso 2º y 209 de la C.P)¹⁵, privilegiando así la transparencia y la selección objetiva en su contratación, aun cuando ellas se sirvan de herramientas, mecanismos e institutos del Derecho privado como estrategia y medios para favorecer y beneficiar la eficiencia en la gestión.

¹³ Dispone el artículo 209 de la C.P. “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.// Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁴ Señala el artículo 267 ibídem “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.// Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.// La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales...”

¹⁵ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Indevida*. Universidad Externado de Colombia. 2004, p. 50 y 51

En efecto, la finalidad del legislador al establecer estas disposiciones se expresó así:

“Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.”¹⁶

Y, sobre el particular la Corporación en su jurisprudencia recalcó¹⁷:

“[L]as entidades estatales a las cuales se les conservó el régimen contractual de derecho privado -entre ellas las Empresas Sociales del Estado-, y por tanto mantuvieron la exclusión de la Ley 80, quedaron limitadas por la nueva filosofía fiscalizadora de la conveniencia de mantener esa exclusión. El artículo 13 reaccionó, exigiendo que las entidades excluidas de la Ley 80 apliquen en la actividad contractual: i) los principios de la función administrativa, ii) los principios de la gestión fiscal y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El último aspecto destacado atrás significa que a partir de la Ley 1150 las entidades no regidas por la Ley 80 tienen claridad (...) sobre la mezcla de ordenamientos jurídicos que deben realizar para celebrar los contratos estatales. Sin embargo, antes de expedirse aquella ley la obligación ya existía, pero fue la doctrina, los órganos de control y los operadores jurídicos comunes quienes reclamaban -pero en forma dispersa y desordenada- que en esas instituciones también se debían aplicar los principios constitucionales, sólo que no hubo conclusiones al respecto. El art. 13 desmaterializó la discusión, de ahí que la resistencia ilustrada, pero inconstitucional, que ejercían algunas entidades excluidas de la Ley 80 desapareció, porque el legislador se apropió de la controversia, y la decidió.

El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante.” (La Sala resalta).

Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en *“un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”¹⁸* y el régimen de inhabilidades e

¹⁶ Gaceta del Congreso No.458 de 2005. Exposición de motivos Ley 1150 de 2007. Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado *“Por medio de 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”*.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014, (Exp. 25.801).

¹⁸ *Ibidem*.

incompatibilidades, que es de naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento.

En fin, debido a la naturaleza pública de la entidad y de los recursos que involucran, su actividad contractual y acuerdos de voluntades se rigen, de una parte, por las normas legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, y de otra, por los principios de la función administrativa¹⁹ y de la gestión fiscal, así como por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal.

Por lo tanto, si bien es cierto que el Estatuto de Contratación Estatal excluyó de su aplicación a algunas entidades, también lo es que dicha exclusión no abarcó los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales están llamados a gobernar la actividad contractual de este tipo de entidades. En otros términos, siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007.

Esta modificación persigue que la actividad contractual de tales entidades, las cuales forman parte de la Administración Pública, esté al servicio de los intereses generales, a fin de que se garantice el cumplimiento de los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa, verdaderos regentes de la actividad del Estado en materia contractual, y con independencia del régimen de derecho que resulta aplicable. Dichos principios coinciden en su mayoría con aquellos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 3²⁰)²¹.

Lo anterior implica que las entidades excluidas en su actividad contractual del régimen general de contratación estatal observen y respeten los citados principios constitucionales de la función administrativa, razón por la cual es necesario que armonicen su aplicación, conforme con su régimen legal especial, sin que por ello se desnaturalice la actividad comercial, mercantil, industrial o financiera que desarrolla ni su carácter. De modo que las entidades sometidas a regímenes especiales deben regular en su manual de contratación los procedimientos de

¹⁹ Sobre el particular ha sostenido esta Corporación: “... cabe recordar que siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo de aplicación imperante al negocio jurídico, la entidad pública no se encuentra relevada de observar y acatar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, tal cual lo dispuso expresamente la Ley 1150 de 2007 (...). Siguiendo esa dirección, la entidad estatal debe observar en su actuación, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone, en desarrollo de lo cual le asiste la obligación de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 24 de febrero de 2016. (Exp. 46185).

²⁰ Dispone el artículo 3º del CPACA “Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.// Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...)”.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. (Exp. 24715 y otros acumulados).

selección y establecer mecanismos que garanticen la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 Ley 1150 de 2007²².

Sin embargo, teniendo en cuenta que toda la contratación estatal está regida por un derecho mixto²³, en dicha labor se generan múltiples inquietudes, no resueltas satisfactoriamente por la ley, entre otras, las siguientes:

- (i) ¿Cómo se traduce en la actividad contractual de estos regímenes especiales de entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal la puesta en práctica de los principios constitucionales de la función administrativa y del control fiscal y las reglas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades? Es decir, ¿cuáles son los criterios, mecanismos y reglas precisas que concretan dicha aplicación?
- (ii) ¿Cuál sería la dosis necesaria y la intensidad aceptable de Derecho Administrativo en un contrato celebrado por una de tales entidades excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero regido predominantemente en su formación, celebración y ejecución por el Derecho Privado?
- (iii) ¿Hasta dónde se podría llegar en esa combinación de derechos y la influencia de los principios del primero respecto del segundo?; y
- (iv) ¿Cuáles son las fronteras y límites entre el Derecho administrativo y Derecho privado en tales tipos de contratos?

Los anteriores interrogantes surgen naturalmente debido a que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 impone la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa en la realización de los contratos de las entidades estatales excluidas de la normativa general de la contratación estatal y sujetas a disposiciones especiales, así no se refieran al cumplimiento de función administrativa, sino al desarrollo de actividades comerciales, mercantiles, industriales o financieras en los que se interactúa en mercados en competencia con los particulares, lo que, sin duda, comporta una enorme complejidad, en la medida en que el legislador no señaló cómo se debe efectuar dicha aplicación, ni tampoco en lo atinente a las reglas de la normativa que consagra las inhabilidades e incompatibilidades.

Este vacío puede dar lugar a que si se aplican en forma estricta y rígida los principios de la función administrativa sin adaptaciones, balanceos o modulaciones podría verse desvirtuado el derecho privado en la actividad contractual de esos entes públicos y el contrato regido por este; y viceversa, si se aplican con ligereza, laxitud o inadecuadamente podría dar lugar a que quedara inane o no se alcanzara el propósito querido por el legislador al momento de consagrar la norma (art. 13 Ley 1150 de 2007) que fija los límites a ese tipo de contratación, realizada de todos modos por entidades de carácter público, cuya naturaleza estatal no les

²² Empero existe, por ejemplo, la práctica de incluir en sus manuales de contratación procedimientos de selección del contratista similares a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

²³ Con una mayor o menor intensidad del Derecho administrativo y/o del Derecho privado, bien por vía de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, para aquellos contratos estatales de las entidades que entran en la órbita de dicha regulación, bien por vía de lo señalado por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 para los contratos estatales especiales celebrados por las entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

permite desligarse de mínimos del Derecho público que deben respetar, como los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que conduzcan a la selección objetiva de sus contratistas, amén del control que debe ejercerse en la planeación, ejecución y finalización de sus contratos y la vigilancia fiscal de su gestión en este ámbito de la contratación al involucrar recursos públicos.

Como puede apreciarse, se presenta una falta de determinación sobre la manera en que se deben aplicar los mencionados principios superiores en estos regímenes exceptuados regidos por el Derecho privado o normas especiales y la forma cómo deben ser incorporados y desarrollados en los manuales de contratación de las entidades excluidas del Estatuto Contractual, máxime cuando recuerda la Sala que se trata de normas jurídicas de obligatorio acatamiento, que se caracterizan por tener una textura abierta²⁴ y operar como mandatos de optimización²⁵. Por eso, bien dice Cassagne que *“los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto...”*²⁶

El Legislador propugna por la aplicación de los principios contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales y por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero no da pautas ni fija criterios claros frente al alcance de su aplicación, ni la manera en que operan en las diferentes fases y etapas de la contratación, ni el procedimiento a seguir para ello, lo cual genera una incertidumbre jurídica, aspecto que no resulta deseable en la celebración de contratos, en los que se debe garantizar la seguridad jurídica.

Así, concebidos a la manera de principios, se proyectan como normas cuyo alcance puntual en la actividad contractual debe ser definido por el Legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, para permitir su aplicación, desarrollo e implementación en forma adecuada, de suerte que se cumpla con los objetivos propuestos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, mientras ello no suceda, resta entonces armonizarlos e interpretarlos conforme con la actividad y el contrato de que se trate, sin que dicha adecuación implique reproducir o replicar mecánicamente el régimen legal establecido en la Ley 80 de 1993²⁷.

²⁴ “[E]s importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca...” (Subrayado por fuera del texto). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. (Exp. 24715).

²⁵ “...En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre reglas y principios, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras las reglas son normas que “ordenan una consecuencia jurídica definitiva”, los principios son mandatos de optimización [R. Alexis] “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”. Distinción que ha sido ampliamente aceptada en el constitucionalismo moderno y específicamente en la jurisprudencia de esta Corporación...” Corte Constitucional. Sentencia C-713 del 13 de julio de 2008. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. AbeledoPerrot, Buenos Aires. Pág. 91.

²⁷ Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. Contratación de Empresas Estatales en Sector de los Servicios Públicos. En Temas de Contratos Estatales. Biblioteca Jurídica Dike, 2010, Pág. 512.

En síntesis, no existe un desarrollo ni claridad en relación a cómo se traduce en la actividad contractual de entidades no sometidas al régimen general de contratación estatal y gobernadas bajo regímenes especiales la puesta en práctica de los principios constitucionales de la función administrativa y del control fiscal y las reglas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo cual amerita una intervención urgente del legislador para precisar normativamente la materia, con el fin de que defina y fije los criterios y reglas precisas que concreten dicha aplicación y que acaben con la incertidumbre jurídica que dicho vacío genera y de paso revise integralmente los regímenes especiales de contratación y su real necesidad y, como resultado de ese análisis, consagre un sistema organizado al respecto.

En el entretanto, y para efectos de absolver esta consulta, considera la Sala que del propio texto del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se infiere que la aplicación de los principios se debe hacer de acuerdo con el régimen especial que corresponda a la entidad exceptuada del régimen general, lo que implica hacer un ejercicio de adecuación, armonización e interpretación normativa que respete el núcleo esencial de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, así como la aplicación de los supuestos de las inhabilidades e incompatibilidades, pero, al mismo tiempo, reconozca la especialidad del régimen (generalmente del derecho privado) sobre el cual se aplica y no lo desnaturalice o desvirtúe.

2. Régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado

De conformidad con el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, mediante el cual se reguló la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las empresas industriales y comerciales del Estado “son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución”²⁸.

En cuanto a su régimen de contratación, las empresas industriales y comerciales del Estado, EICE, bajo la denominación de entidades estatales quedaron sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración, según el artículo 2 numeral 1 literal a) de la Ley 80 de 1993²⁹, cuando definió las entidades estatales que entraban en el ámbito de aplicación de sus disposiciones, como sigue:

²⁸ Las empresas industriales y comerciales del Estado, fueron definidas antes en forma similar por el artículo 6º del Decreto ley 1050 de 1968, como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial de acuerdo a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley, y que reúnen las siguientes características: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y iii) capital independiente el cual se encuentra constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

²⁹ Esta introdujo como regla general, para la selección del contratista, la licitación pública o el concurso público, pero también estableció algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en el literal m) del numeral 1 del artículo 24, esto es: “m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”, o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que se regirían por la regla general, salvo los

“1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”. (La Sala subraya).

Posteriormente, la Ley 489 de 1998 –citada al comienzo-, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, como sigue:

“Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.”

En los términos de esta disposición, en los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado se debía aplicar el derecho privado o el Estatuto de Contratación Estatal³⁰, según fueran celebrados por estas en desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, o en cumplimiento de su objeto social. En efecto, el marco normativo aplicable dependió de la relación entre la actividad para la que fue creada la empresa industrial y comercial del estado, y el objeto del respectivo contrato, así: (i) si era para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica, propias del giro ordinario de su objeto, se sujetaría a las regulaciones del derecho privado; o (ii) si era para

casos de menor cuantía (previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, original, de la Ley 80 de 1993). Además, el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 estableció que “en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° de este artículo (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

³⁰ La Corte Constitucional en Sentencia C- 691 del 5 de septiembre de 2007 sobre las empresas industriales y comerciales del Estado, concluyó: “La Corte, en varias decisiones (sic) ha referido explícitamente al régimen jurídico que cubre los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cubre ambas modalidades, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública”.

facilitar, apoyar o permitir la ejecución de esas actividades propias del giro ordinario de su objeto y el funcionamiento de la empresa, el régimen que lo regularía sería el del estatuto contractual de las entidades estatales, en el entendido de que con este se cumplía función administrativa y no industrial, comercial o de gestión económica.

Sin embargo, como en la práctica no resultaba fácil la distinción aludida, esto es, determinar si un contrato se celebraba para el cumplimiento o no de su objeto social, en particular, por los denominados objetos conexos³¹, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 (modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011) cambió nuevamente el tema y lo aclaró, al disponer un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³², así:

“Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”³³.

³¹ El artículo 99 del Código de Comercio establece a propósito de la capacidad jurídica de las sociedades que: “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Así, el “giro ordinario de los negocios” de una sociedad se refiere al ejercicio de las actividades previstas en la normatividad vigente que regula la materia en particular, la que se relaciona con las actividades principales y aquellas que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad. Los actos conexos a la actividad son todos aquellos que se realizan para funcionar como empresa, no comprendidos entre los de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, pero requeridos para el adecuado cumplimiento de estas que comprenden su objeto, de manera que se expresan a través de una relación instrumental -de medio a fin-. El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en Sentencia del 14 de junio de 1996, Exp. 7450, definió los actos conexos como “... aquellos actos que tengan por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la compañía y a los actos directamente relacionados con la actividad principal...”

³² Al respecto el literal g, numeral 2, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé como causal de selección abreviada: “Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [obra, concesión, prestación de servicios, consultoría, fiducia pública]”.

³³ El artículo 14 original de la Ley 1150 de 2007 excluía además aquellas cuya actividad se realizaba en “mercados monopolísticos”, pero, con buen tino, se eliminó en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, pues en ese caso no se está en presencia de los fundamentos que soportan la excepción de no aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cual es la “competencia y el libre juego del mercado”.

El texto legal transcrito se concibió, de una parte, sobre la base de un mercado en competencia en el cual actúan dichas entidades en condiciones de relativa igualdad, esto es, bajo las mismas reglas de juego de los particulares que concurren al mercado como competidores; y de otra parte, teniendo en cuenta que el ejercicio de una actividad en la que se comercializan bienes y servicios en el tráfico económico y jurídico, no es precisamente el ejercicio de una función pública o administrativa regida totalmente por las normas o el régimen concebido para el desarrollo de esa actividad mediante la contratación estatal, sin perjuicio de la aplicación de algunos controles reservados al manejo de los dineros que involucre aquella labor y que tienen origen o destinación públicos³⁴.

En este mismo sentido, la Corporación ha sostenido que el sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado, se justifica en *“la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores, de tal manera que ‘... sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; (sic) que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes...”*³⁵ (Subraya la Sala).

Igualmente, es importante destacar que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 esclareció las dudas que producía el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen de derecho de estas entidades³⁶, como así lo ha reconocido la doctrina:

“[E]n buena hora esta discusión se acabó con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la cual al ser una norma especial y posterior, aplica al asunto en cuestión dejando de lado las voces del confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998. Así las cosas, debe indicarse que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 confirmó el principio consagrado en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, estableciendo una excepción en el sentido que no aplicarán las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, aun en tratándose de entidades estatales con participación superior al 50%, tales como empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y sus filiales, cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público (...)”. (La Sala subraya).

³⁴ Cfr. Suárez, Beltrán. Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Comentarios a la Ley 1150 de 2007, Editorial Legis, primera edición, 2007, pág. 88.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004, (Exp. 12.342), actor: Sociedad Tronix Ltda., reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, (Exp. 13.414).

³⁶ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Edición. Editorial Legis, 2016. Págs. 77 y 78.

Precisamente, en relación con este tipo de entidades que tienen un régimen contractual diferente al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga traer a colación lo que en su momento expuso la Sección Tercera de esta Corporación, en los siguientes términos:

“Cabe concluir, entonces, que actualmente las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen un régimen de derecho contractual especial o mixto que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas del derecho privado, pues, dada su naturaleza, la finalidad que persiguen (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad contractual se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público, lo que implica que la actuación de ellas en este ámbito pueda ser controlada judicialmente bajo los principios de la función administrativa”³⁷. (Subraya la Sala).

De otro lado, no puede perderse de vista que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 adoptó un criterio subjetivo u orgánico al calificar como contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por entidades que tengan dicha naturaleza, con independencia de que se regulen por esa ley o estén sujetas a regímenes especiales³⁸, tal como lo ha señalado la jurisprudencia³⁹.

En tal virtud, los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) son contratos estatales especiales⁴⁰, ya que su naturaleza está determinada por el carácter de la entidad que lo celebra (criterio orgánico o subjetivo), pues, como lo ha sostenido esta Corporación:

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 15 de diciembre de 2011. (Exp. 41.339).

³⁸ Dispone el artículo 32: *“De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...).”*

³⁹ En efecto, como el contrato estatal se equipara al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades a las que se refiere la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública, independiente del régimen jurídico aplicable, de tal manera que es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, y 2. Contratos estatales especiales. Cfr. auto de 20 de agosto de 1998, (Exp. 14.202); auto de 8 de febrero de 2001, (Exp. 16.661), auto de 7 de octubre de 2004, (Exp.2675) y sentencia de 20 de abril de 2005, (Exp. 14519), entre otras providencias de esta Corporación.

⁴⁰ *“[L]a naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala: ‘De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’ (...). ‘De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. // Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.// Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (...).”* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2012. (Exp. 17.851).

*“[P]ara determinar la naturaleza jurídica de un contrato será necesario esclarecer primero la naturaleza de las partes que concurren a su celebración, de tal manera que **si una de ellas se encuentra integrada o conformada por una de las entidades que la misma Ley 80 califica como estatales en el numeral 2 de su artículo 2, el contrato en cuestión corresponderá a la categoría de los estatales, independientemente de que su régimen específico o su tipificación se encuentren consagrados en el propio Estatuto de Contratación Estatal, en las normas del derecho privado, en disposiciones especiales o incluso si perteneciere a la clasificación de los atípicos y/o innominados**”⁴¹ (La Sala resalta).*

Igualmente, en el estudio del régimen de los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia con los particulares o actúen en mercados regulados, debe partirse de una regla general: aplica el "derecho privado". Únicamente deben aplicarse las disposiciones de "derecho público" cuando así lo señale de manera expresa la misma Ley o una disposición Constitucional, siendo, verbigracia, una de tales excepciones, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Además, no se pueden ejercer prerrogativas de poder en los contratos que suscriben este tipo de entidades, excepto que la ley lo autorice expresamente y en tal caso que ello se determine, por razón de la naturaleza del objeto a desarrollar (servicio público), todo lo concerniente a la inclusión y aplicación de las cláusulas excepcionales se regulan por la Ley 80 de 1993.

En fin, la contratación de las entidades estatales que están exentas de contratar bajo el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia con los particulares o actúen en mercado regulados, está dominada por las reglas del derecho privado, es decir, la ley civil y la ley mercantil. No obstante, en aras de garantizar el interés general o público, se contempló que están obligadas a observar los principios de la función administrativa (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), lo cual no significa que deban someterse a sus procedimientos o modalidades de selección, siempre que garanticen la selección objetiva.

De todo lo anterior se colige que las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **excepto aquellas que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o, ii) desarrollen actividades en mercados regulados**, eventos en los cuales se celebran contratos estatales especiales que se rigen por las disposiciones que regulen su actividad, sin perjuicio, tal y como arriba se expuso, de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de citada ley 1150, o sea que deben aplicar en su actividad contractual los principios de la función administrativa consagrados constitucionalmente, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están sometidas al control fiscal, esto es, a la supervisión y control que ejerce la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013. (Exp. 32.556).

3. Naturaleza y régimen jurídico de contratación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada - Metro de Medellín Ltda.-

La “Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada”, fue constituida mediante Escritura Pública No. 1.020 del 31 de mayo de 1979 como una sociedad de responsabilidad limitada entre entidades de derecho público, perteneciente al orden municipal⁴², cuyo objeto⁴³ es la planeación, construcción, operación y administración del sistema de transporte rápido masivo para el Valle de Aburrá⁴⁴. Así, el capital social se constituyó con el aporte en partes iguales del Municipio de Medellín⁴⁵ y el Departamento de Antioquia⁴⁶ y, de acuerdo con la documentación remitida, dicha participación se mantiene en la actualidad⁴⁷, por lo que el capital de la empresa es totalmente público y sus socios son dos entidades de naturaleza pública del orden territorial: el Municipio de Medellín y el Departamento de Antioquia. A su turno, el Decreto Municipal 883 de 2015⁴⁸, expedido por la Alcaldía de Medellín, se refiere en el artículo 322 a dicha sociedad, reitera su naturaleza pública y señala que la “*Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá -Metromed es una sociedad comercial entre entidades públicas que se vincula a la Secretaría Vicealcaldía de Infraestructura, Hábitat, Movilidad y Sostenibilidad*”.

Según lo anterior la Empresa Metro de Medellín Ltda., es una sociedad de naturaleza pública cuyo capital es ciento por ciento (100%) público, en tanto está constituido con aportes de entidades públicas del nivel territorial: El Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín.

Ahora bien, la Ley 489 de 1998⁴⁹ (parágrafo 1º, artículo 38) dispone que las sociedades públicas y sociedades de economía mixta “*en las que el Estado*

⁴² Artículo 1 de los Estatutos Sociales de Metro de Medellín Ltda., (Escrituras Públicas Nos. 117 del 21 de enero y 1.020 del 31 de mayo, ambas de 1979).

⁴³ De acuerdo con el artículo 3º de los Estatutos Sociales (E.P. No. 529 de 2008), el objeto social de la empresa consiste en: “*1. La planeación, construcción, operación, recaudo y administración de servicios de transporte público de pasajeros. Para el efecto podrá: Planear, construir, operar, controlar y mantener uno o varios modos o sistemas de transporte (...)*”.

⁴⁴ Artículo 3 ibídem.

⁴⁵ Por Acuerdo No. 31 del 13 de diciembre de 1977, el Consejo Municipal de Medellín autorizó al Alcalde para que, en representación del municipio, participara en la constitución de una sociedad, “*de las que legalmente puedan hacer parte las entidades de derecho público, y cuya finalidad será la de resolver el problema del transporte público masivo a nivel municipal y metropolitano...*”.

⁴⁶ Mediante Ordenanza No. 42 del 30 de noviembre de 1977, la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó al Gobernador de Antioquia para que, en representación del departamento, participara en la constitución de “*una empresa industrial y comercial del Estado o en una sociedad de economía mixta, que tenga por objeto acometer los estudios definitivos, realizar y administrar las obras necesarias para solucionar el problema de transporte masivo metropolitano en el Valle de Aburrá...*”.

⁴⁷ Respecto del capital social, el artículo cuarto vigente de los Estatutos Sociales de Metro de Medellín Ltda., (Escritura Pública No. 240 de 2011) señala: “*La Sociedad tendrá un capital social de ciento cincuenta mil doscientos sesenta y ocho millones seiscientos diez y ocho mil pesos M.L. (\$150.268.618.000) representadas (sic) en ciento cincuenta millones doscientas sesenta y ocho mil seiscientos diez y ocho (150.268.618) cuotas de interés social de mil pesos M.L. (\$1.000) cada una, este capital ha sido pagado en su totalidad y pertenece a los socios así: Departamento de Antioquia: setenta y cinco mil ciento treinta y cuatro millones ciento treinta y cuatro mil trescientos nueve pesos (\$75.134.309) cuotas de interés social. Municipio de Medellín: setenta y cinco mil ciento treinta y cuatro millones ciento treinta y cuatro mil trescientos nueve pesos (\$75.134.309) cuotas de interés social*”.

⁴⁸ “Por el cual se adecúa la Estructura de la Administración Municipal de Medellín, las funciones de sus organismos, dependencias y entidades descentralizadas, se modifican unas entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁹ “Por 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

posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”.

A su vez, el artículo 39 *ibídem* señala que la administración pública está integrada por los organismos que conforman la rama ejecutiva “y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano”.

Además, conforme a la norma en cita, las gobernaciones y las alcaldías, entre otros, son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial y “Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso”.

En definitiva, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada o Metro de Medellín Ltda., es una sociedad entre entidades públicas, Municipio de Medellín y Departamento de Antioquia, constituida bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, y asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal.

Así las cosas, dada su naturaleza jurídica y considerando que la Empresa Metro de Medellín Ltda. desarrolla -según se dice en sus estatutos, art. 3- la actividad mercantil de prestación del servicio de transporte público de pasajeros y que, según afirma la propia entidad -en la consulta y en otros actos⁵⁰-, lo hace “en competencia con empresas del sector privado que incursionan y se dedican a esa misma actividad en el mercado”, el régimen jurídico de su actividad contractual, según los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007, es mixto, y los negocios jurídicos que celebre se reputan contratos estatales especiales, pues se rigen por las normas del derecho privado propias de su actividad y por las normas del derecho público relacionadas con los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y la gestión fiscal de que trata el artículo 267 *ibídem* y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para la contratación estatal⁵¹.

4. Régimen jurídico de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal

4.1. Fundamento, función y concepto

atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁰ Por ejemplo inicialmente así se califica en la Resolución 125 de 28 de diciembre de 2007, por la cual se expide el reglamento de contratación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., Metro de Medellín Ltda. Este acto fue derogado y sustituido por la Resolución 151 de 29 de marzo de 2017, mediante el cual se adoptó el nuevo manual de contratación de la empresa, en el que se confirmó este entendimiento cuando en el considerando 6 se indicó: “Que de conformidad con las Leyes 105 de 1993, 336 de 1996, 1682 de 2013, de lo señalado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y de lo establecido en los estatutos de la sociedad, las actividades que desarrolla en su objeto social están enmarcadas dentro de un esquema de competencia con el sector privado nacional e internacional.”

⁵¹ Los artículos 4 y 5 de la Resolución 151 de 29 de marzo de 2017, por la cual se expide el reglamento de contratación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., Metro de Medellín Ltda. reconocen precisamente tal sujeción normativa en esas materias.

La consagración del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y demás prohibiciones en la contratación estatal constituye una restricción a la libertad contractual, puesto que impide a determinadas personas contratar con el Estado. Esta Sala en varias oportunidades, ha señalado que las inhabilidades e incompatibilidades *“constituyen impedimentos o tachas, los cuales, en el ámbito contractual corresponden a circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”*⁵².

En la contratación estatal las restricciones a la libertad de contratación tienen su fundamento en la naturaleza del ente público, los fines del Estado, la prevalencia del interés general sobre el particular, la ética, moralidad⁵³, transparencia, imparcialidad e igualdad. Por lo tanto, la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiende al acceso a la contratación estatal para el cumplimiento de los fines de la contratación y el interés general *“por sujetos idóneos mediante la exigencia de determinadas condiciones, calidades o cualidades para acceder a ella y a prevenir la indebida utilización de factores de poder para el beneficio individual, procurando igualmente un efecto ‘moralizador’ en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público”*⁵⁴. En consecuencia, los principios que sirven de fundamento a las inhabilidades e incompatibilidades *“resultan coincidentes a los postulados que orientan la función administrativa en procura de la satisfacción del interés general, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política (artículo 209). Así, tanto la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han encontrado que tales principios corresponden a la transparencia, economía, igualdad, responsabilidad, objetividad, imparcialidad y moralidad”*⁵⁵.

Especialmente, la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁶ ha reconocido que tales prohibiciones constituyen un desarrollo del principio de moralidad previsto en el artículo 209 de la Constitución Política y se fundamentan en la protección prevalente del interés general, así:

*“[D]ebe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, **no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa**, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.*

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la

⁵² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos del 30 de octubre de 1996, (Exp. 925) y 15 de agosto de 2015, (Exp. 2260).

⁵³ El artículo 3º del Decreto Ley 019 de 2012 dispone: *“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”*.

⁵⁴ Namén Vargas, William. Misión de Contratación. Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de inhabilidades e Incompatibilidades. Tomo II, DNP, 2002, Pág. 490.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2015, (Exp. 2260).

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25646).

*estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que **la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado**”. (La Sala resalta).*

De acuerdo con lo anterior es claro que las inhabilidades e incompatibilidades previstas por el legislador tienen un fin moralizador, pues buscan evitar “los favorecimientos, el nepotismo, el tráfico de influencias”⁵⁷ a fin garantizar “la rectitud en el ejercicio de la función contractual del Estado”⁵⁸, razón por la cual “la ley prohíbe la contratación para ciertas personas, normalmente con vínculos de parentesco o comercial con los servidores públicos encargados de la toma de decisiones o con los que de alguna manera participan o tienen injerencia en tales determinaciones”⁵⁹.

No puede desconocerse que si bien tanto las inhabilidades como las incompatibilidades constituyen una limitación o prohibición legal para contratar con el Estado, también lo es que existen diferencias esenciales entre ambos conceptos, tal como lo ha reconocido esta Corporación⁶⁰:

“Las inhabilidades consisten esencialmente en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal y se le aplican a una persona que en el momento en que se configuran, no es servidor público. Las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público. Las inhabilidades se dirigen al futuro, en el sentido de que afectan a alguien que aspira a determinado cargo público o que proyecta realizar una contratación con una entidad estatal, mientras que las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurso en ella y la realización de determinada función o contratación.

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... En otras palabras por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica... 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.

*... es válido señalar como elemento que diferencia esta figura de otras con sentido similar, **que la inhabilidad hace relación o se predica de la persona que aspira a contratar con el Estado, mientras que la***

⁵⁷ Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Ob. Cit. Pág. 147.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Ibídem.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 20 de septiembre de 2001, (Exp. 10.989) y del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25.646).

incompatibilidad recae sobre el servidor o ex servidor público, con el fin de evitar un conflicto de intereses". (La Sala destaca).

En igual sentido, señala la doctrina que las inhabilidades constituyen "*...circunstancias negativas o impedimentos preexistentes para acceder a la función (inelegibilidad) evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades o cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal*" (se resalta)⁶¹.

A pesar de que la Ley 80 de 1993 no consagra una definición de tales conceptos, la exposición de motivos sí se refirió al tema para señalar que las inhabilidades "*se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado*", mientras que las incompatibilidades, atañen a la imposibilidad respecto de "*la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés*"⁶².

En ese orden de ideas, las inhabilidades e incompatibilidades son "*restricciones a la autonomía o libertad de contratación, concretamente al poder de disposición, legitimación para actuar u obrar*"⁶³. Las personas que en virtud de este régimen se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad negocial, puesto que si bien continúan siendo capaces, en atención a "*su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar*"⁶⁴.

4.2. Causales de inhabilidad e incompatibilidad

Bajo el marco conceptual descrito en precedencia, la Ley 80 de 1993 en el artículo 8⁶⁵, dispone:

“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos⁶⁶ 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 concursos⁶⁷ 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 destitución⁶⁸.

⁶¹ Namén Vargas, William. Ob. Cit., Pág. 489.

⁶² Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992. Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993. Disposiciones Generales.

⁶³ Namén Vargas, William. Ob. Cit, p. 495.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ El artículo 8 de la Ley 80 de 1993 ha sido modificado por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (Sentencias C-415 de 1994, C-178 y C-489 de 1996, C- 429 de 1997 y C-029 de 2009, entre otras).

⁶⁶ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁶⁷ *Ibidem*.

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 o concurso^{69 70}.*

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 o concurso^{71 72}.*

i) *Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos 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 concurso⁷³, o de la 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 cuya pena sea privativa de la libertad⁷⁴, 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.*

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

⁶⁸ Literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-178 y C-489 de 1996.

⁶⁹ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷⁰ Literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-415 de 1994 y C-029 de 2009.

⁷¹ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷² Literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

⁷³ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷⁴ La expresión: "o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012.

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.

l) 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 correspondiente⁷⁵.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos⁷⁶ 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 contratante⁷⁷.

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 fiscal⁷⁸.

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 ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo⁷⁹.

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 1.- 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.

⁷⁵ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013.

⁷⁶ Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷⁷ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997.

⁷⁸ Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009.

⁷⁹ *Ibidem*.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Parágrafo 2.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

Atendiendo el texto de la norma transcrita y conforme lo ha sostenido esta Sala, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades *“se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas”*⁸⁰. Dicha situación o circunstancia puede originarse *“en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.”*⁸¹.

Por otra parte, el artículo recoge en el mismo texto hipótesis que pueden tipificarse como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no diferencia entre unas y otras, a pesar, de que como se indicó, son conceptos distintos. La agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho, radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial⁸².

Además, el listado no agota todas las circunstancias constitutivas de inhabilidad e incompatibilidad en materia contractual, puesto que el literal a) del numeral 1 del mismo artículo 8 de la Ley 80 de 1993 precisa que otras leyes podrán fijar causales para el efecto.⁸³

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2015, (Exp. 2260).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *“A lo dicho debe añadirse que en punto de las consecuencias de orden práctico que en el régimen jurídico vigente se encuentran previstas para cada una de tales figuras, al igual que ocurre con el tratamiento que el legislador decidió dispensar a los efectos que se derivan por razón de la configuración tanto de las causales de inhabilidad, como de las de incompatibilidad, no existe en realidad diferencia significativa alguna que obligue o justifique, más allá de los terrenos puramente teórico y académico, a establecer distinciones entre tales fenómenos al momento de efectuar la aplicación del régimen de contratación estatal.”* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25.646). En igual sentido, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2015, (Exp. 2260) y Concepto del 20 de abril de 2006, (Exp. 1732.).

⁸³ La propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores *“como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política”*. En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes: -La Ley 142 de 1994 regula los “conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades” en materia “del funcionamiento de las empresas de servicios públicos” (artículo 44); -La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);- La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113); - La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), y miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45); - La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11); - La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40); - La Ley 789 de 2002 precisa que para la contratación con el Estado, los particulares deberán cumplir “sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y

Asimismo, debe anotarse que, en tanto las inhabilidades e incompatibilidades constituyen una limitación para contratar, las causales son únicamente aquellas que la ley tipifica expresamente⁸⁴, en esa medida son taxativas y de interpretación restrictiva⁸⁵ y, por lo tanto, no admiten aplicación por analogía. No obstante, en esta materia el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁸⁶, porque son reglas que buscan garantizar el principio de moralidad y precaver cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos.

Precisado lo anterior y tal como se indicó, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades estatales que por mandato legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estarán en todo caso sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993 y en las normas que la modifiquen o adicionen. De manera que, conclusión obligada es que el régimen

aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje” (artículo 50); - La Ley 828 de 2003 ordena que las personas que sean sancionadas por elusión o evasión de los pagos parafiscales estarán inhabilitadas para contratar con el Estado (artículo 5); - La Ley 901 de 2004 también prescribe respecto de las inhabilidades de los deudores del Estado (artículo 2); - La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49); - La Ley 1150 de 2007 indica que la cancelación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) da lugar a que el proponente correspondiente quede inhabilitado para contratar con el Estado (artículo 6, numeral 6.3); - La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22).

⁸⁴ *“Es claro, por lo demás, que las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico son de origen constitucional y legal, y que corresponde al Legislador su establecimiento y configuración en forma privativa, sin que pueda tener cabida su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial. // Es así como, en ejercicio de la competencia de configuración normativa, el Legislador debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos (arts. 6 y 123; como para la función pública según los arts. 150 No. 23 y 293; 299, 303 y 312 de la Constitución Política), para contratar con el Estado, es decir, que tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva, excluyen la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable, y como quiera que limitan la libertad de las personas, se encuentran definidas en el tiempo, excepto aquellas constitucionales (v.gr. arts. 179 No.1; 197 y 267 C.P.). Además, las inhabilidades están previstas en normas imperativas y de orden público (ius cogens), razón por la cual no son disponibles por acuerdo o convenio de las partes, y de presentarse la inhabilidad implica la nulidad absoluta del respectivo contrato (No. 1 art. 44 de la Ley 80 de 1993)”*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, (Exp. 24715 y otros acumulados).

⁸⁵ No obstante, esta Corporación ha indicado que: *“si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”*. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de octubre de 2009, (Exp. No. 1966).

⁸⁶ *“[E]l legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública”*. Corte Constitucional. Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013.

normativo que disciplina las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cubren los contratos que celebren las entidades estatales que se financien con recursos públicos, según el ámbito de aplicación de la Ley 1150 de 2007 (artículo 1), con independencia del régimen de contratación que les resulte aplicable y el tipo de entidad estatal que los suscriba.

Así, la Sala observa que para el caso de la Empresa Metro de Medellín Ltda., resulta aplicable el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, pues, según lo señalado en la consulta, su actividad (prestación del servicio masivo de transporte público) se encuentra en competencia con las empresas de transporte del sector privado, tal como lo prevé el artículo 14 *ibídem*. Por esta razón, aunque dicha entidad estatal está excluida del régimen de contratación estatal en virtud de la actividad comercial que desarrolla, cuando celebre contratos se sujeta al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto de Contratación Estatal y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

4.3. La incompatibilidad del literal d) numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para contratar con personas jurídicas por relaciones funcionales con miembros de la junta directiva de la entidad pública contratante

Como ha quedado visto, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 8 numeral 2 literal d) establece dentro de las causales de incompatibilidades⁸⁷, entre otros supuestos, cuando un miembro de la junta directiva de una entidad estatal contratante, en forma simultánea, participe o ejerza un cargo de dirección o manejo en la sociedad proponente o contratista.

En efecto, al tenor del literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁸⁸:

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

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas⁸⁹, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de

⁸⁷ Respecto de las inhabilidades ha señalado la doctrina que estas corresponden a prohibiciones “por regla general, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para contratar con el Estado; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma, si se tiene en cuenta que los intereses personales del servidor público definidos por el constituyente o el legislador pueden entrar en conflicto con el interés general si se celebra un determinado contrato. Estos conflictos en la mayoría de los casos se refieren a la relación laboral, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio. El legislador, en virtud de consideraciones políticas y de los altos intereses del Estado, puede establecer otros criterios para efecto de esta modalidad restrictiva”. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indebida”. Tomo IV. Segunda Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Pág. 400.

⁸⁸ Sobre el particular manifiesta la doctrina: “...para las causales previstas en el numeral 2º (...) se adopta como fuente de prohibición, el nivel que ocupan los servidores públicos en la estructura funcional de la administración pública, en unos casos de modo autónomo, en otros en conjunto con los grados de parentesco. En concreto, se señalan como fuente de incompatibilidad el parentesco con funcionarios de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, o que ejerzan control interno o fiscal en relación con la respectiva entidad; así como el desempeño de funciones en los mismos niveles”. Molano López, Mario Roberto. “Los Sujetos de la Contratación Estatal y su Régimen de Inhabilidades, Incompatibilidades y Conflictos de Interés”. Primera Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2010. Pág. 191.

⁸⁹ Mediante el Decreto 679 de 1994 el Gobierno Nacional definió las sociedades anónimas abiertas, luego lo hizo en el Decreto 734 de 2012 y por último en el artículo 32 del Decreto 1510 de 2013, actualmente incorporado en el artículo 2.2.1.1.2.2.8. del Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”.

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.”

La norma transcrita⁹⁰ prohíbe a las entidades públicas contratar con las personas jurídicas citadas en ella, cuando un miembro de su junta directiva tiene a su vez participación o desempeñe cargos de dirección o manejo en dicha persona jurídica oferente o contratista o sus familiares en los grados allí señalados. Así, están incursas en la incompatibilidad transcrita y, por lo tanto, no pueden contratar con el Estado:

- i) Las personas jurídicas señaladas (corporación, asociación, fundación, sociedad anónima distinta de las abiertas, sociedad de responsabilidad limitada y sociedades de personas) en las cuales el servidor público vinculado a la respectiva entidad estatal (en cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o como miembro de junta directiva), o sus familiares, tenga participación.
- ii) Las personas jurídicas citadas en las cuales el servidor público vinculado a la respectiva entidad estatal (en cargos del nivel directivo, asesor o “ejecutivo”⁹¹, o como miembro de junta directiva), o sus familiares, desempeñe cargos de dirección o manejo.

La anterior prohibición no tiene aplicación, según los artículos 8º -par. 1º- y 10 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes casos, por lo que no quedan cobijados por esta:

- a) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades mencionadas en la citada disposición, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles allí referidos, debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo;
- b) Las sociedades anónimas abiertas⁹²;

⁹⁰ En punto a este literal se ha manifestado que “establece una inhabilidad un tanto compleja para efectos de su entendimiento y aplicación. Se trata de una prohibición tendiente a evitar que aquellas personas que cumplan funciones públicas en una determinada entidad estatal y, al mismo tiempo, tengan intereses en una persona jurídica que desee contratar con dicha entidad estatal puedan utilizar su vinculación con esta última para adjudicarle los contratos a la persona jurídica donde tienen sus intereses.” La norma restringe la libertad negocial de una persona jurídica, llámese corporación, asociación, fundación, sociedad anónima que no tenga el carácter de abierta, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad de personas, cuando el servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo de una entidad estatal con la cual la persona jurídica está interesada en contratar tiene participación o desempeña dentro de aquella persona jurídica cargo de dirección o manejo”. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indevida”. Tomo IV. Segunda Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Págs. 423 y 424.

⁹¹ No obstante, cabe advertir que el nivel ejecutivo respecto de los cargos de los servidores públicos fue suprimido por los Decretos 2272 y 785 de 2005, en el orden nacional y territorial, clasificándose, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

⁹² El artículo 2.2.1.1.2.2.8. del Decreto 1082 de 2015 establece: “Inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas. En la etapa de selección, la Entidad Estatal debe tener en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley para lo cual debe tener en cuenta que las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario.”

- c) Las personas que contraten por obligación legal;
- d) Las personas que contraten para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto de contratación ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten;
- e) Las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, y
- f) Las personas que celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, relacionado con la democratización de la propiedad accionaria del Estado.

Es claro que la incompatibilidad se establece por el ejercicio del cargo que tiene el servidor público o sus parientes en la entidad contratante y el cargo de dirección o manejo en la persona jurídica contratista, o por su participación en esta última⁹³ (o la de sus parientes). La prohibición pretende, entre otros aspectos, evitar que personas que ostentan simultáneamente los cargos a los que alude la norma y que conocieron con antelación elementos esenciales del proceso de contratación, saquen ventaja o provecho de dicha situación respecto de los demás participantes, o que puedan ejercer influencia en la celebración del contrato, violando los principios de igualdad, objetividad, moralidad y transparencia, los cuales justifican la limitación en el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos.

En consecuencia, la ley dispone *“como restricción para la participación en procesos contractuales o para celebrar contratos con entidades estatales, una serie de conductas societarias que tienen como fundamento evitar la interferencia de la autonomía privada de quienes ejercen cargos públicos y tienen algún grado de presencia o interés”*⁹⁴ en cargos de dirección o manejo o tengan participación en una persona jurídica que *“aspira a contratar con el Estado, esto con el claro propósito de proteger el interés general frente a injerencias indebidas...”*⁹⁵.

5. Consecuencias de las inhabilidades o incompatibilidades en la contratación estatal

Cuando una persona participa en el proceso de selección o celebra un contrato incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad se generan, según la etapa en que se presente y se advierta, varios efectos a saber:

5.1. En el proceso de selección

- a) En el caso de que una persona se presente durante el proceso de selección de la licitación pública mediando la prohibición legal, la entidad estatal debe rechazar

⁹³ *“Obsérvese que la norma inhabilita a la persona jurídica para contratar con el Estado o participar en el proceso de escogencia de contratistas simplemente por la participación que a cualquier título tenga el servidor público que desempeñe cargo de dirección o manejo en dicha persona jurídica. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque el legislador no califica expresamente dicha participación; de ahí el cuidado que se debe tener, por lo amplio del concepto”*. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indebida”. Tomo IV. Segunda Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Pág. 423.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

la oferta o propuesta, de manera que se excluye por razón legal del proceso de selección y, por ende, deja de participar en él.

El rechazo de la propuesta por la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad, procede desde la etapa de estudio jurídico de las ofertas y en el respectivo informe de evaluación, caso en el cual debe garantizarse el derecho al debido proceso administrativo y sus corolarios de defensa y contradicción al proponente incurso en la respectiva prohibición (artículo 29 C.P.), para que dentro del término que se tiene presente las observaciones y comentarios que a bien tenga al respecto⁹⁶. Empero, se advierte que, como el informe de evaluación de las propuestas es un acto de trámite y no un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a la actuación administrativa derivada del proceso de selección contractual, es en el acto de adjudicación en el que se decidirá de fondo⁹⁷, se contestarán las observaciones y se ratificará la inhabilidad o incompatibilidad correspondiente.

En otros términos, en el evento en que la entidad contratante advierta en el curso de un proceso de selección que existe una inhabilidad o incompatibilidad respecto de uno de los participantes, le corresponde indicarlo en el informe de evaluación de las ofertas y, posteriormente, rechazar la oferta en la adjudicación, previa verificación de la causal y dejando constancia de esta en el acto respectivo y de las razones que sustentan dicha decisión. Así lo ha sostenido la Sala en anterior oportunidad, recalando que *“la entidad pública licitante (...) en las distintas etapas o momentos del proceso de licitación, incluyendo el acta de la audiencia de adjudicación, constatará la presencia de la causal y finalmente rechazará la oferta presentada en esas circunstancias, expresando con toda claridad y precisión las razones por las cuales considera que el proponente está incurso en la inhabilidad...”*⁹⁸.

b) En el evento en que se hubiese adjudicado el contrato a una persona que participó en el proceso de selección con una inhabilidad o incompatibilidad y esta se hubiera advertido antes de su suscripción, a juicio de la Sala, no es posible que este pueda celebrarse, por cuanto, si bien es cierto que el acto de adjudicación resulta irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario (artículo 11 inciso tercero de la Ley 1150 de 2007), también lo es que no resulta válido que se perfeccione el vínculo contractual, mediando un vicio o irregularidad insubsanable que daría lugar de acuerdo con la ley a la nulidad absoluta del contrato, bien por objeto ilícito en los términos del derecho común (artículo 1519 C.C.) ora por incurrir en la prohibición sancionada con esa consecuencia en el estatuto general de contratación estatal (art. 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993), como luego se analizará.

Estima la Sala que, actuar en forma contraria sería una situación a todas luces irregular y con falta de lógica jurídica, esto es, si se celebrara el contrato afectado con esa causal de nulidad absoluta, para luego proceder la entidad estatal a terminarlo unilateralmente (artículo 45 de la Ley 80 de 1993) y/o demandarlo con el fin de obtener la declaratoria de invalidez del contrato por esa causa. Así,

⁹⁶ La ley 80 de 1993 establece que *“los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes”* (num. 8, art. 30).

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, (Exp. 13790).

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006, (Exp. 1732).

acudiendo al método de reducción al absurdo (*reductio ad absurdum*), habría lugar, sin duda, a descartar la posibilidad de suscribir en dicho evento el contrato.

Aún más, es menester inferir que la situación descrita encaja en una de las hipótesis autorizadas por la ley para revocar el acto de adjudicación; en efecto, según el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este deberá ser revocado, caso en el que la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁹⁹, todo lo cual, sin perjuicio de garantizar los derechos de defensa y contradicción del oferente adjudicatario y, por ende, respetando el principio constitucional del debido proceso. Recuérdese, por lo demás, que según el artículo 5 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 es obligación de los contratistas obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, y también que el artículo 26 numeral 7 *ibídem*, al desarrollar el principio de responsabilidad, prescribe que “*los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa*”.

Por consiguiente, la inhabilidad o incompatibilidad respecto de un oferente puede ser percatada por la entidad estatal durante el procedimiento de selección y antes de la adjudicación, en cuyo caso, previa verificación de esta situación, debe proceder a rechazar la propuesta; o, de darse cuenta la entidad de su existencia luego de la adjudicación pero antes de la celebración del contrato, no es posible la celebración del contrato e, incluso, debe procederse a la revocatoria del acto de adjudicación.

5.2. En el perfeccionamiento del contrato

Ante la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en su celebración, son dos los efectos en los contratos estatales, a saber:

En primer lugar, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone expresamente que “*los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común*” y, además, según el numeral 1 de la misma norma, cuando: “*Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.*”¹⁰⁰ En este dispositivo normativo se aprecia claramente el fundamento ético y de moralidad a que se hiciera mención en relación con la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo cual amerita que, en el orden legal, se considere que el contrato así contraído está seriamente afectado por una irregularidad y que se fulmine con su nulidad.

En tal virtud, un contrato estatal regido por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, celebrado con una persona natural o jurídica sobre

⁹⁹ Artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993: “12. (...) *En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.*”

¹⁰⁰ Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que: “*Tal como lo evidencia con claridad el texto del aludido numeral 1º del artículo 44 de la Ley 80, la consecuencia jurídica en él prevista, consistente en sancionar con nulidad absoluta el respectivo contrato estatal, se encuentra reservada exclusivamente para aquellos eventos en los cuales la celebración del contrato se realice con una persona que, precisamente para ese momento, estuviere incurso en alguna de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad*”. (La Sala subraya). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25646).

quien recae una causal de inhabilidad o incompatibilidad, adolece de nulidad absoluta, no solo por lo establecido expresa y perentoriamente en el artículo 44 numeral 1 de esa normativa, sino también porque se configura un objeto ilícito al infringir una norma imperativa y de orden público. Ciertamente, la misma sanción legal se deriva a la luz del derecho común, pues los artículos 1519 y 1523 del Código Civil¹⁰¹ disponen que hay objeto ilícito cuando se transgrede el derecho público de la Nación y se celebra un contrato prohibido por las leyes; objeto ilícito que tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato según el artículo 1741 *ejusdem*. A su turno, el Código de Comercio en el artículo 899¹⁰² dispone la nulidad absoluta del negocio jurídico que contraviene una norma imperativa, como es aquella que contempla una inhabilidad e incompatibilidad.

Asimismo, idéntica consecuencia se predica de los contratos estatales especiales, o sea, los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales exceptuadas del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993 y regidos por el derecho privado, con una persona incurso en una inhabilidad o incompatibilidad, son nulos absolutamente por incurrir en objeto ilícito de acuerdo con el derecho común, según se anotó.

En otras palabras, la ley considera que hay objeto ilícito cuando se infringe el derecho público, lo cual ocurre cuando se celebra un contrato estatal contraviniendo el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, y lo sanciona con la nulidad absoluta, independientemente de su naturaleza y régimen de derecho para su nacimiento y regulación, figura jurídica a través de la cual se extingue el vínculo contractual, se suprimen todos los efectos y se retrotraen o vuelven las cosas al estado anterior a su nacimiento, como si jamás hubiese existido y sin que se pueda sanear o subsanar. Sobre el particular ha manifestado la doctrina lo siguiente:

“La nulidad es una sanción que consiste en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado (...). El criterio político del ordenamiento, que ante todo refleja una experiencia antiquísima, en su ánimo de asegurar un nivel mínimo de legalidad y de moralidad en el ejercicio de la autonomía privada, determina la privación de efectos de los negocios jurídicos (...) que quebrantan los principios básicos de la sociedad en su momento, y adicionalmente los fallos a requisitos de orden tutelar establecidos en interés particular o contrarios a normas dictadas en esa misma dirección (...). Se dice que el negocio es nulo cuando sus efectos finales se hallan en entredicho y su propia supervivencia está amenazada en razón de vicios o fallas de especial gravedad -a juicio del ordenamiento- que se presentaron en su celebración. Ineficacia esta que se caracteriza por la supresión de todos los efectos, tanto los negociales: se rompe el compromiso, como los finales: cesan de producirse lo que están pendientes, y han de retrotraerse en su totalidad los ya producidos”¹⁰³. (La Sala destaca).

¹⁰¹ Dispone el artículo 1519 del Código Civil: “Objeto Ilícito. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

¹⁰² A voces del artículo 899 del Código de Comercio: “Nulidad Absoluta. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: // 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; // 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y // 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

¹⁰³ Hinestrosa, Fernando, “Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El Negocio Jurídico”. Vol. II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2015. Págs. 708 y 709.

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico prevé la más drástica sanción al contrato estatal, bien sea que se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o bien por regímenes especiales, que viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades: la nulidad absoluta, para privarlo de todos sus efectos y como una medida de salvaguarda en aras de la protección del interés público, toda vez que un contrato así celebrado no solo vulnera las normas imperativas sino que contraviene los principios de la función administrativa y por ello la ley lo castiga con severidad al desconocer las prohibiciones legales que tienen como propósito principal preservar el principio de moralidad administrativa¹⁰⁴ y dar prevalencia al interés general sobre el particular.

La nulidad absoluta de un contrato requiere de decisión judicial y, por ende, precisa del ejercicio de una acción mediante la cual se declare por la autoridad judicial competente. En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 radica la competencia en la jurisdicción contencioso administrativa *“para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento...”*. A su vez, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), cualquiera de las partes, el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo pueden solicitar al juez administrativo que se declare la nulidad absoluta del contrato; igualmente, el juez puede y debe declararla de oficio (aún sin petición de parte), cuando esté plenamente demostrada en el proceso, en la medida en que en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. A su turno, el artículo 164 numeral 2, literal j, *ibídem*, establece que cuando se pretenda la nulidad absoluta, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, mientras el contrato esté vigente puede demandarse su nulidad absoluta.

Por lo demás, es pertinente puntualizar que la nulidad absoluta del contrato, por regla general, no impide que se produzcan provisionalmente sus efectos desde el momento de su perfección, pero estos se hallan en entredicho y la propia supervivencia del negocio jurídico está amenazada, dado que su eficacia puede destruirse por el ejercicio de la acción judicial, que, en el caso de prosperar, los elimina retroactivamente cuando se pronuncie por el juez, con la consecuente restitución de las prestaciones que las partes hubieren realizado en virtud del contrato anulado, con sus frutos e intereses.

Las consecuencias de la nulidad son básicamente dos (artículo 1746 CC) a saber: (i) retrotraer las cosas al estado que tendrían de no haber existido el contrato nulo, es decir, rompe y extingue el vínculo negocial entre las partes, con efectos retroactivos (*ex tunc*), y (ii) cada parte tiene que restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto en algunos casos en los cuales por la naturaleza de las prestaciones, este efecto no se puede dar, como cuando ya se han prestado unos servicios, se han consumido unos bienes suministrados o se han ejecutado algunas obras, por lo cual habrá lugar al pago de lo que corresponda mediante una estimación pecuniaria de la prestación a

¹⁰⁴ En punto al principio de moralidad administrativa, ha sostenido esta Corporación: *“...la transgresión de la moralidad administrativa constituirá objeto ilícito por contravenir el derecho público de la Nación (artículo 1519 del Código Civil) lo que genera la nulidad absoluta del contrato (artículo 1741 CC); recuérdese también que el artículo 899 del Código de Comercio dispone que es nulo el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa y que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...”*. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015, (Exp. 2264).

devolver. Además, según la ley civil (art. 1525 C.C.) no hay lugar a repetir lo que se haya dado o pagado cuando las partes han celebrado el negocio jurídico a sabiendas de la ilicitud en el objeto o en la causa.

Igualmente, cabe precisar que la declaratoria de nulidad absoluta no conlleva indemnización de perjuicios, por cuanto no son causa de estos; empero, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁵ establece que, en el evento de tratarse de un contrato de ejecución sucesiva declarado nulo por objeto ilícito, procederá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas siempre que se acredite un beneficio para la entidad estatal y solo hasta el monto del beneficio obtenido, el cual se presume cuando las prestaciones hayan servido para satisfacer el interés general. La aludida disposición se aplicaría únicamente a los contratos estatales gobernados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no otros, siempre y cuando, además, como se arriba se indicó, las partes “*no hubiesen celebrado el contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas*”, por cuanto no implica derogatoria alguna de las sanciones que prescribe el artículo 1525 del C.C. en armonía con el artículo 1741 de dicha codificación a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico¹⁰⁶. Así, según la jurisprudencia, si las partes, con pleno conocimiento, proceden a celebrar un negocio jurídico contra el derecho público de la nación, al intentar abolir normas de orden público de forzosa observación y que no pueden ser derogadas por convención (artículo 16 C.C), no hay lugar al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas y que no hayan sido pagadas¹⁰⁷.

Sin embargo, se observa que la Ley 1882 de 2018, por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones, en su artículo 20 parágrafo 1, señaló unas reglas diferentes, así:

¹⁰⁵ Dispone el artículo 48 de la Ley 80 de 1993: “*La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.// Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público*”.

¹⁰⁶ Código Civil: “Art. 1525.- *No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. (...)*”. “Art. 1746.- *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita...*”

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre 2004, (Exp. 25560): “el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la Ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas. Así, el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 no conlleva ‘derogatoria’ alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos”.

“Artículo 20. Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: Artículo 32. Terminación anticipada. (...) Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.”

Al respecto, e independientemente de un análisis de constitucionalidad que merecería esta norma, llama la atención de la Sala que esta disposición es contraria al mandato claro y bien concebido del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, al ordenar que cuando se anule un contrato por objeto o causa ilícitos se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, y tampoco sería coherente con la institución jurídica de la nulidad cuya construcción en el derecho civil ha sido fruto de una larga evolución histórica que se refleja en el artículo 1525 CC., que determina que no se podrá repetir lo que se ha dado o pagado cuando se celebran negocios jurídicos a sabiendas de la ilicitud del objeto y causa ilícitos, a menos que se entienda que la nueva previsión no deroga esta sanción de ley civil en dichos casos.

De otra parte, y en segundo lugar, aun cuando las nulidades deben ser declaradas por los jueces, el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, ordena al representante legal o jefe de la entidad contratante, cuando existan ciertas causales de nulidad absoluta del contrato, dentro de las que está aquella de haberse celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, a darlo por terminado unilateralmente¹⁰⁸.

En el acto administrativo motivado, expedido por el jefe o representante legal de la entidad contratante o su delegado, en el que se disponga la terminación unilateral del contrato estatal, se debe dar cuenta de la verificación del vicio congénito que fundamenta la decisión, o sea, de la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad preexistente o concomitante a la celebración del contrato, y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre. Dicho acto tiene efectos hacía el futuro -a diferencia de lo que sucede con la declaración judicial de las nulidades que se proyecta hacía el pasado-, dado que no tiene la

¹⁰⁸ Con ocasión a esta norma, el Consejo de Estado se pronunció en el siguiente sentido: “...De los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, se desprende para la administración pública la obligación de terminar unilateralmente el contrato por la concurrencia de vicios que afectan su validez, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los que la declaratoria de nulidad de los actos y negocios jurídicos es una materia reservada exclusivamente al juez. Se trata, por tanto, de una potestad que le permite a la entidad pública extinguir el vínculo jurídico cuando se presenta una causal de nulidad absoluta en su formación o su celebración, que constituye una sanción que el ordenamiento positivo contempla por la transgresión de las normas superiores a las cuales debe estar sometido el contrato. Se le otorga a la administración el privilegio de la autotutela declarativa con el fin de velar por la legalidad de sus contratos, esto es, se la revistió de la facultad de darlos por terminados sin necesidad de pronunciamiento judicial, en tanto está en la obligación de obrar de tal manera cuando en el contrato concurre cualquiera de estas tres circunstancias...” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 15 de agosto de 2002, (Exp. 20923).

virtualidad de deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, y es susceptible únicamente del recurso facultativo de reposición (artículo 77 inciso 2 Ley 80 de 1993).

Puede disponerse en la liquidación el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la terminación, a condición de que se pruebe el beneficio de la entidad, lo cual se cumple en cuanto las prestaciones hubiesen servido para satisfacer un interés público y hasta el monto de lo probado, siguiendo los lineamientos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y mientras no se hubiere actuado a sabiendas de la causal, tal y como se indicó.

Es importante aclarar que se trata de una potestad de autotutela declarativa, con el fin de velar por la legalidad de los contratos¹⁰⁹; pero, en este evento, la Administración no declara la nulidad, sino simplemente la extinción del vínculo contractual, por cuanto será el juez en el proceso contencioso iniciado en demanda promovida por el contratista contra el acto administrativo correspondiente o instaurada por la propia entidad contratante en procura de la invalidez del contrato, quien declarará su nulidad con las consecuencias a que haya lugar.

Subraya la Sala que es una facultad o prerrogativa unilateral porque solo está establecida por la ley en favor de la Administración y no del contratista; es exorbitante, porque la Administración puede imponerle al contratista la decisión que tome a este respecto -privilegio de la decisión previa-, toda vez que al realizarse mediante acto administrativo debidamente motivado, goza de la firmeza suficiente para hacerse valer oficiosamente en sede administrativa en virtud de la presunción de legalidad y el carácter ejecutivo y ejecutorio que se le reconoce en la ley, todo lo cual escapa y está por fuera del derecho común que establece la igualdad entre las partes en los contratos, sin que, por regla general -con ciertas excepciones de ley- una parte pueda sin el consentimiento de la otra adoptar tal decisión; y *“constituye un deber legal a cargo de las Entidades Estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido, cuando quiera que se presente el hecho o supuesto de la norma”*¹¹⁰.

Por lo demás, sobre la prerrogativa establecida en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que esta modalidad de terminación unilateral procede en cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, cuando en su celebración se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 *ejusdem*, sin que su aplicación pueda extenderse entonces a otras causales de nulidad absoluta diferentes a las específicamente indicadas¹¹¹. Se trata de un deber legal del jefe o representante de la entidad estatal contratante, con el fin de preservar el orden jurídico y el interés público.

Dentro las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, se encuentra la celebración del contrato estatal con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002, (Exp. 20923).

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. (Exp. 15797).

¹¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2012. (Exp. 22220).

prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando.

Cuando el vicio o irregularidad del contrato no corresponda a alguno de los tres supuestos antes referidos (numerales 1, 2 y 4 *ejusdem*), la entidad contratante no puede ejercer dicha facultad, sencillamente porque la ley no le ha otorgado competencia para ello y, por tanto, en esos otros eventos que señala la misma disposición (artículo 44 numerales 3 y 5¹¹² y los previstos en el derecho común¹¹³) la única opción que tendría la entidad sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato¹¹⁴.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 18 de marzo de 2010, consideró¹¹⁵ que, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, tratándose de un examen eminentemente jurídico como el que debe realizarse a efectos de dilucidar si procede, o no, terminar unilateralmente el contrato por encontrarlo incurso en alguna de las causales de nulidad absoluta contempladas en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, es necesario que se le comunique el inicio de la actuación administrativa correspondiente al contratista, para garantizarle su derecho de audiencia y que se le brinde una oportunidad real para ser oído, a continuación de lo cual puede procederse a adoptar la determinación que corresponda; pero, la omisión de esta mínima garantía procedimental, sin duda, puede comprometer la legalidad de la decisión que posteriormente se adopte.

De acuerdo con la jurisprudencia¹¹⁶, son varias y sustanciales las diferencias que se presentan entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, en aspectos tales como el objeto, la finalidad, el alcance, la temporalidad para su adopción, la autoridad competente, la forma, la extensión de las causales y los efectos, a saber:

1. El objeto y los efectos que se persiguen con la terminación unilateral se concretan en la extinción anticipada del plazo de ejecución del contrato estatal afectado por los vicios que dan lugar a su procedencia según la ley, sin que implique desconocer y deshacer todas las prestaciones que hasta ese momento se hayan ejecutado a satisfacción.

En contraste, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato, y que dice relación con la ausencia de aquellos requisitos de validez que el ordenamiento jurídico reclama al momento de la celebración del contrato para su regularidad (artículo 1502 C.C). Por lo mismo, su declaración

¹¹² “3. Cuando el contrato se celebre con abuso o desviación de poder”, y “5. Cuando el contrato se hubiere celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.”

¹¹³ Según lo dispuesto en los artículos 1502, 1740 y 1741 del Código Civil, concordante con el artículo 899 del Código de Comercio, son nulidades absolutas del contrato: la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, contrariar una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, pero de las que no se derive su existencia.

¹¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1º de diciembre de 2008. (Exp. 15603).

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. (Exp. 14.390).

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2007 (15324). En idéntico sentido pueden verse la Sentencia de 2 de mayo de 2007. (Exp 15599) y la Sentencia del 18 de marzo de 2010. (Exp. 14.390).

exige un juicio de valor sobre tales elementos, que permita concluir que merece su tutela y protección o, al contrario, su reproche y destrucción¹¹⁷. Su propósito es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado, tanto así, que busca devolver las cosas al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.).

2. La terminación unilateral del contrato estatal realizada con fundamento en alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, solamente es viable durante la vigencia del plazo de ejecución del contrato y no excluye que pueda demandarse su nulidad, mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal puede adoptarse, de oficio o a petición de parte legitimada, con posterioridad a la terminación del mismo.
3. La terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, en tanto la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato, como ya se indicó. Igualmente, las competencias de uno y otro están delimitadas. El jefe o representante legal, al momento de declarar la terminación unilateral del contrato estatal, debe examinar y verificar la existencia de los elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pero no realiza un análisis sobre la validez del contrato, ni su pronunciamiento tiene alcances sobre los efectos jurídicos extintivos hacia el pasado o momento en que se realizó el contrato y las restituciones mutuas a que haya lugar, aspectos estos reservados al juez.
4. La terminación unilateral se adopta por la entidad estatal mediante un acto administrativo, susceptible de control judicial por vía del medio de control de controversias contractuales, pues se considera un acto de carácter contractual; al paso que la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión judicial, controlable a través de los recursos establecidos para las providencias judiciales, la cual, una vez en firme, hace tránsito a cosa juzgada.
5. La procedencia de la terminación unilateral establecida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, está restringida o se contrae solo a las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la misma ley, en tanto que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal se puede fundamentar en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del citado artículo 44.
6. La terminación unilateral del contrato adoptada por la entidad contratante, produce efectos hacia el futuro, “ex nunc” (o desde ahora), mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, ya se dijo, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato y desaparecerlo, como si este no hubiere existido, es decir, genera efectos “ex tunc” (o desde entonces).

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia de 11 de diciembre de 2001, T-1341/2001.

Cabe advertir que la facultad de terminación unilateral del contrato establecida en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, cuando se haya celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, no es aplicable en el caso de entidades exceptuadas del ámbito del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, habida cuenta de que sus contratos se gobiernan por las normas del derecho privado y aquellas del derecho público concernientes a los principios de la función administrativa, a los principios del control fiscal, y al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades (aspectos taxativamente considerados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), en los cuales no se consagra expresamente, una vez celebrado uno de tales contratos, la posibilidad de hacer uso de dicha potestad exorbitante o privilegio de decisión unilateral con el fin de velar por la legalidad de sus contratos. Por esta razón, se estima que en caso de celebrar un contrato con una persona con una inhabilidad o incompatibilidad, esas entidades exceptuadas de la legislación general de contratación estatal deben proceder a demandar judicialmente la nulidad absoluta que se configura por objeto ilícito (y pedir como medida cautelar su suspensión mientras dura el proceso), siempre que pretendan su extinción con fundamento en esa grave irregularidad.

Sobre la imposibilidad de ejercer prerrogativas de decisión unilateral y expedir actos administrativos por entidades cuya actividad contractual se rige por el derecho privado, salvo las excepciones legales, como es la relativa al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el estatuto general de contratación y demás normas legales para evitar contratar con un particular incurso en alguna de ellas pero atendiendo el debido proceso, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“[E]s en razón a la especialidad de la operación desplegada por Ecopetrol (exploración, explotación y comercialización del petróleo, sus derivados y afines), así como de la complejidad, exigencias y costos que presenta el mercado de los hidrocarburos, que el mismo Estado la exonera del régimen administrativo y contractual público (salvo las excepciones legales), para someterla a un régimen especial que se nutre de las reglas propias del Derecho privado – comercial e incluso civil donde prevalece la voluntad de las partes y la observancia de la buena fe contractual. En cuanto que éste es el régimen jurídico natural de las relaciones jurídicas del mercado.

De manera que no se acude al Derecho público ya que no se trata de gobernar una función administrativa sino una actividad comercial y mercantil que requiere alcanzar mercados e inversiones privadas, nacionales y extranjeras, en donde la rigidez del Derecho público no encuentra cabida y limitaría su marco de acción efectiva frente a la competencia del sector petrolero.

Por la misma razón en materia contractual, la gestión operacional desarrollada por Ecopetrol escapa al ámbito de excepcionalidad o exorbitancia dispuesto para la contratación pública, ya que por excelencia en las relaciones mercantiles la regla general es el principio de igualdad y la prevalencia de la voluntad de las partes, más no la unilateralidad derivada del Derecho imperativo de la contratación pública que prevalece en la imposición de las cláusulas excepcionales.

Nótese al respecto que el legislador quiso aclarar que para estos efectos no importa el aporte estatal dentro del capital social de la empresa sino, únicamente, el desarrollo de las actividades asignadas a Ecopetrol, pues el interés general, en este evento, radica en propender por el adecuado

desarrollo de los objetivos de Ecopetrol y su competitividad en el mercado nacional o internacional de los hidrocarburos”¹¹⁸ (Se subraya).

Esta jurisprudencia resulta aplicable y se puede extender a todas las entidades estatales que, debido a su especialidad y actividades en que incursionan, se les exonera del régimen general de contratación estatal, para ser sometidas a reglas propias del Derecho privado (comercial y civil), salvo las excepciones legales. Por lo demás, nótese que en la actividad contractual de las entidades cuya contratación se rige por el derecho privado (disposiciones civiles y mercantiles) en virtud de lo dispuesto en la ley, priman los principios de igualdad, de la autonomía privada y de la buena fe, de manera que, por regla general, no resulta aplicable la imposición y ejercicio de facultades exorbitantes¹¹⁹, como la de terminación unilateral del contrato por parte de la entidad a que se refiere el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

En relación con este asunto, recuerda la Sala que el legislador ha determinado varios eventos, con importantes diferencias entre ellos, que implican la terminación o finalización de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, por decisión unilateral que podrá o deberá, según cada caso, ser adoptada por la respectiva entidad contratante. En efecto, la Corporación, dentro del aludido género de la terminación unilateral de los contratos estatales por determinación de la entidad contratante, ha identificado las siguientes especies o modalidades de la figura¹²⁰: i) La terminación unilateral regulada por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, bajo el rotulo de cláusula excepcional; ii) La declaratoria de caducidad administrativa del contrato de que trata el artículo 18 *ibídem*, y iii) La terminación unilateral a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016, (Exp. 41.783).

¹¹⁹ **“Las Entidades Estatales de régimen especial actúan en desarrollo de su actividad contractual en igualdad de condiciones con los particulares, razón por la cual no es posible que incluyan o ejerzan en sus contratos las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993** pues las mismas no están autorizadas en las normas civiles o comerciales y su estipulación no puede ser atribuida a la autonomía de las partes, salvo que la Ley que creó el régimen especial autorice su uso caso en el cual pueden incluirlas en sus contratos y hacerlas efectivas de la misma forma que lo haría una Entidad Estatal que está sometida a la Ley 80 de 1993. (...). En ese orden de ideas **siempre que una Entidad Estatal de régimen especial pretenda (...) terminar un contrato deberá acudir al juez competente.**” (Resaltado de la Sala). Cfr. Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, pág. 15. En https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cceg.

¹²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010, (Exp. 14.390): “Como aspectos comunes a todas esas figuras se pueden señalar, entre otros, a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; b) cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, comoquiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; c) como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; d) la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; e) como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido en la ley; f) una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión.”

nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, de conformidad con las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma.

Por consiguiente, el hecho de que el contrato estatal esté viciado de nulidad absoluta, al integrar dicha norma con los artículos 44 y 45 de la misma ley, debe entenderse que otro de los eventos en los que las entidades estatales pueden (y en este caso, deben) terminar unilateralmente los contratos es cuando estos se encuentren incurso en alguna de las causales de nulidad absoluta a que se refieren los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 *ibídem*.

Asimismo, debe recordarse que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece un régimen especial de nulidades para los contratos estatales, que se distingue, en varios puntos, del régimen general previsto en el derecho privado.

Ambos aspectos – las facultades o poderes exorbitantes de las entidades estatales y el régimen de nulidades – son materias que están reguladas de manera especial en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que se justifican, no solamente por la aplicación de los principios generales de la función administrativa a la actividad contractual del Estado, sino también por la existencia de un régimen propio de derecho público y por la posición de autoridad (“autoritas”) que ejerce la entidad estatal frente al particular que le otorga determinadas atribuciones, privilegios y potestades excepcionales para mantener el dominio de la relación contractual y lograr el cumplimiento efectivo del contrato y la realización de los fines de interés público que se persiguen con aquel.

Lo anterior implica que tales asuntos – el de las potestades exorbitantes y el de las nulidades – no pueden trasladarse ni aplicarse por vía de simple inferencia o interpretación a los contratos celebrados por las entidades públicas exceptuadas que estén sujetos al derecho privado, salvo autorización legal expresa (como sí ocurre en relación con el poder exorbitante derivado de las cláusulas excepcionales para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, según el artículo 31 de la Ley 142 de 1994¹²¹, o con las Empresas Sociales del Estado de acuerdo con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993¹²²), pues no existiría la

¹²¹ El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001 indica que *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”* (Se subraya). Y, dentro de tales disposiciones en contrario a la regla general, el inciso segundo de esta misma norma, prevé que *“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.”* (Subrayado por fuera del texto). Similar disposición se previó para los contratos de prestadoras de servicios de energía (art. 8 párrafo de la Ley 143 de 1994).

¹²² La Ley 100 de 1993, en su artículo 194, estableció que la prestación de los servicios de salud a cargo de la Nación o las entidades territoriales, se realizará a través de las Empresas Sociales del Estado, y en el numeral 6º del artículo 195 *ibídem*, dispuso que en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar dichas empresas las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto de Contratación Pública.

suficiente justificación constitucional y legal para ello, y, por el contrario, esto implicaría:

- (i) Dar al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 un alcance diferente y mucho más extenso que el que se deriva de su texto y fue querido por el legislador;
- (ii) Desnaturalizar parcialmente el régimen de derecho privado al que están sujetas las entidades, órganos y organismos del Estado excluidos de la aplicación de la Ley 80 de 1993 y
- (iii) Desconocer el principio de legalidad o mejor aún de tipicidad legal al que están sometidas las facultades exorbitantes de la Administración.

En este sentido, se insiste que la actividad contractual de la Administración está subordinada al principio de legalidad, una de cuyas manifestaciones es aquella según la cual las competencias de las autoridades deben encontrarse asignadas por la ley en forma expresa, clara y precisa (artículos 4, 6, 121 y 122 C.P.), y con mayor rigor, en el caso del ejercicio de prerrogativas y facultades de las entidades estatales contratantes que subordinan al contratista y le imponen una decisión unilateral en la relación, con fundamento en el interés general, y en ruptura del principio de igualdad contractual. Así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad; por ello, *“la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal”*¹²³, para los contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Eventualmente podrían hacerlo cuando así se les haya facultado expresamente dentro del contrato, esto es, previo consentimiento sobre ese aspecto por las partes y con sujeción a los límites y condiciones pactadas en la respectiva cláusula que bien podría acordarse ante ese supuesto, o en aquellos eventos en los que el derecho privado permite excepcionalmente a cualquiera de las partes, o a una de ellas, terminar cierto tipo de contratos (p. ej., el contrato de mandato¹²⁴ o el de prestación o “arrendamiento” de servicios¹²⁵).

De manera que el contrato bien puede extinguirse si las partes así lo convienen, lo cual procede según las estipulaciones y cláusulas del contrato. Una previsión pactada en ese sentido por las partes es válida en ejercicio de la autonomía de la voluntad y bajo el auspicio del artículo 1602 del C.C., o sea del principio *“lex contractus, pacta sunt servanda”*, que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez.

Considera la Sala, entonces, que el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente el contrato cuando con posterioridad a su celebración se evidencia que se hubiese celebrado con una persona incurso en una inhabilidad o incompatibilidad es una alternativa plenamente legal, válida y procedente en esos

¹²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. (Exp. 15324).

¹²⁴ Artículo 2189 del Código Civil.

¹²⁵ Artículo 2066 *ibídem*.

casos¹²⁶. De lo contrario, esto es, en ausencia de una cláusula resolutoria estipulada por tal motivo por las partes, la entidad o el organismo público tendría que: (i) llegar a un acuerdo con el contratista para terminar de consuno el contrato, en forma anticipada, o (ii) acudir ante el juez del contrato (que normalmente será el de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa), para que este constate y verifique la existencia de la inhabilidad o incompatibilidad que se presenta y declare: a) la consecuente nulidad absoluta, y b) la terminación anticipada del contrato, si aún se encontrare vigente.

Ahora bien, de llegarse a pactar en tales contratos una causal de terminación por tal motivo o terminarse el mismo por mutuo acuerdo entre las partes, según el caso ante tales eventos, ello no evitaría, en modo alguno, que se configurara la nueva inhabilidad consecuente por haberse celebrado un contrato estando inhabilitado el contratista, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se explica en este concepto, ella opera *ipso iure*, por la sola celebración del contrato en transgresión de la prohibición, como así lo señala la jurisprudencia¹²⁷, y en atención a que no es un aspecto negociable ni disponible ni menos aún derogable por convención, al tratarse de un asunto previsto en la ley en cuya observancia está interesado el orden público (art. 16 C.C.). Tampoco inhibe a la entidad estatal en estos casos para demandar judicialmente la nulidad absoluta del contrato, con el fin de que se sancione el negocio jurídico con su invalidez y se ordenen las restituciones mutuas a que haya lugar.

De lo anterior se concluye que tales entidades, órganos y organismos sujetos al Derecho privado en su actividad, no pueden terminar unilateralmente los contratos que hayan celebrado en el caso de haberse suscrito el contrato con una persona

¹²⁶ La terminación unilateral, aunque por otro supuesto, se ha permitido siempre que se hubiere estipulado así en el contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, se ha aceptado la procedencia de la condición resolutoria expresa ante incumplimientos graves contractuales, posibilidad que fue examinada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia de 18 de julio de 2007, Exp. 31838, Actor: Sociedad Sadeico S.A. En esa oportunidad se sostuvo su viabilidad a propósito de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública y, por tanto, exceptuada del régimen general de la contratación estatal. En tiempo reciente la citada Sección ha nuevamente avalado este tipo de pactos, así: *"...los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración. En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria"*. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Sentencia de 24 de agosto de 2016, (Exp. 41.783).

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2011, (Exp. 16306). En esta sentencia se resolvió el caso en que un municipio inició un proceso de licitación para la adjudicación de un contrato, al que se presentaron tres oferentes: dos consorcios y una persona jurídica individual. Después de realizarse la evaluación de las propuestas, el municipio decidió adjudicar el contrato a uno de los consorcios. El consorcio perdedor manifestó ante la entidad que uno de los miembros del consorcio ganador se encontraba inhabilitado, debido a que su esposa se había desempeñado como funcionaria del municipio ejerciendo funciones de control fiscal, pese a que esta renunció a su cargo meses después de adjudicada la licitación, configurándose entonces la causal de inhabilidad establecida en el literal b del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Ante esto, la entidad manifestó, entre otros argumentos, que no se configuraba tal inhabilidad ya que para ello se requiere declaratoria expresa de un juez, la cual no existía. El Consejo de Estado concluyó que en el caso narrado no se requería de tal declaratoria judicial, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, y solo bastaba el hecho de la participación en la licitación, encontrándose la persona incurso en una incompatibilidad, para que la nueva inhabilidad se configurara.

inhabilitada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, por cuanto es una facultad establecida en una norma que, por su carácter, es de interpretación restrictiva y, además, porque no puede entenderse por vía extensiva que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades permite su utilización en la etapa propiamente contractual, en donde por la naturaleza del contrato regido por el derecho privado impera la ley del contrato y su quebrantamiento solo procede por el mutuo consentimiento o por las causales legales que lo invaliden (art. 1602 C.C.), lo que no obsta para que en ese evento - como corresponde- la entidad exceptuada de la normativa general de contratación estatal demande la nulidad absoluta del mismo ante el juez contencioso administrativo.

Así las cosas, corresponde al juez administrativo, previa promoción por parte legitimada y dentro del plazo legal de la pertinente pretensión, en un juicio, declarar la nulidad absoluta del contrato estatal especial en las condiciones indicadas. En los supuestos en que se hayan generado prestaciones que estén en curso de ejecución o que se hayan ejecutado, en principio serían eficaces provisoriamente y deben ser cumplidas, hasta tanto se demande y la declaración judicial de invalidez quede firme, o se solicite y se decrete una medida cautelar suspensiva (arts. 229 y 230¹²⁸ de la Ley 1437 de 2011), pues, únicamente a partir de dichas decisiones judiciales se pueden afectar los derechos y/o obligaciones aún pendientes de ejecución. De no ser así, se crearía una peligrosa inestabilidad en las situaciones jurídicas derivadas de los contratos en los que se aplica el régimen de derecho de los particulares en sus relaciones negociales, cuya obligatoriedad y cumplimiento resulta inexorable fruto de la autonomía de la voluntad, conforme al principio cardinal del derecho privado según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1602 del C.C.).

En otros términos, corresponde al órgano judicial competente emitir el respectivo pronunciamiento que declare la nulidad absoluta del contrato estatal especial por objeto ilícito y ordenar las restituciones mutuas a que haya lugar; mientras ello no suceda, el vínculo contractual permanece y deben cumplirse los derechos y obligaciones que emanan de él, teniendo una eficacia provisoria hasta que sobrevenga una sentencia judicial en firme que le ponga fin y destruya todos sus efectos.

Por último, como se indicó, existirían otras dos posibilidades: 1) terminarlo de común acuerdo, o 2) terminarlo unilateralmente, por parte de la entidad estatal, cuando en el contrato, previo consentimiento de las partes, se le haya otorgado expresamente esa potestad a una de ellas en las respectivas estipulaciones del contrato, en este caso a la Administración, o cuando la ley (el derecho privado) lo autoriza excepcionalmente y para cierto tipo de contratos (arrendamiento, mandato, prestación de servicios, etc.).

5.3. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes

¹²⁸ **Ley 1437 de 2011: “Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual...” (Resaltado por fuera del texto original).**

Puede ocurrir que la inhabilidad o incompatibilidad no sea preexistente sino que surja durante el proceso de selección o durante la ejecución del contrato. En estos casos, es menester distinguir las consecuencias que se producen, así:

- a) Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en dicho proceso y a los derechos surgidos del mismo (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- b) Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal a *“adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”* (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).
- c) Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual; en tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a su ejecución (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- d) Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciera parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad. La ley no permite ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros¹²⁹.

5.4. Inhabilidad consecuente para quienes presentan oferta en licitaciones o celebran contratos estando inhabilitados

El oferente que participa en un proceso de contratación y presenta una propuesta, o celebra un contrato como resultado de cualquier proceso de selección, a pesar de encontrarse incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se hace acreedor a una nueva inhabilidad, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993¹³⁰, a cuyo tenor:

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25.646).

¹³⁰ Al decir de la doctrina nacional, la norma establece una típica inhabilidad que *“limita los derechos dentro del tráfico jurídico ordinario a quienes de manera dolosa, conocedores de sus propias condiciones personales que les impiden participar en un proceso contractual o celebrar contratos, resuelven hacerlo en violación del régimen legal y constitucional de prohibiciones. Si bien es cierto la disposición se encuentra redactada de forma indebida, puesto que hace referencia a unos contratos del literal a. que dicha disposición no contempla, se debe entender que la norma pretende en todo caso inhabilitar a quienes burlan las inhabilidades en cualquier proceso de selección o en cualquier celebración de contratos”*. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indebida”. Tomo IV. Segunda Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Pág. 410.

“Artículo 8º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

1º. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos 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 concursos o celebraron contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado 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, contado a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma.” (Se subraya).

En este caso es suficiente la sola participación o la celebración del contrato, según se trate, de una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad preexistente en el procedimiento previo a la celebración de un contrato estatal para que, por ministerio de la ley, esta sea acreedora a la inhabilidad prevista en la norma transcrita por el término allí establecido. Así lo se manifestado tanto en la jurisprudencia de esta Corporación¹³¹ como en los conceptos de esta Sala¹³², al señalar:

“[E]l oferente que presenta una propuesta encontrándose incurso en alguna de las causales previstas en el artículo 8º de la ley 80 de 1993 se hace acreedor a las consecuencias que el ordenamiento prevé, una de las cuales es la inhabilidad que consagra el literal b) del numeral 1º del artículo en cita”.

La inhabilidad establecida en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 se extiende por el término de cinco (5) años, contado a partir de la ocurrencia del hecho prohibitivo, es decir, desde la fecha de la participación en el proceso a través de la presentación o entrega de la oferta o propuesta¹³³, o de la

¹³¹ Al respecto la Sección Tercera ha señalado: “[C]uando una persona participante en un proceso de selección o en forma previa a la celebración del contrato se establece que se encuentra incurso en una o varias causales de incompatibilidad señaladas en la ley, el oferente se hace acreedor a las consecuencias previstas en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2012. (Exp. 17.851).

¹³² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. (Exp. 1732).

¹³³ “Lo expuesto permite plantear la hipótesis de una persona que se encuentra inhabilitada para contratar con el Estado por un periodo de cinco años, por ejemplo por haber dado lugar a la declaratoria de caducidad de un contrato anterior; y sin embargo, encontrándose incurso en dicha inhabilidad, participa en una licitación o concurso, dando lugar a una nueva inhabilidad por cinco años. En este caso y en los similares que se presenten, el que la ley disponga momentos diferentes para computar el plazo de las distintas inhabilidades, hace que necesariamente el término de los cinco años, en que se extienden las mismas, deba computarse a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho que dio lugar a la última declaratoria de inhabilidad, independientemente de que en forma parcial puedan coincidir varios términos. (...) El oferente que entrega su propuesta en la fecha de cierre, encontrándose incurso en una causal de inhabilidad, queda afectado por la inhabilidad de 5 años que se precisa en el último inciso del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 por incurrir en la causal prevista en la letra b) del numeral 1º del mismo artículo 8º,

celebración (perfeccionamiento) del contrato, según el caso. Para su aplicación no se requiere declaración judicial; así se puntualizó en la jurisprudencia de esta Corporación¹³⁴, en los siguientes términos:

“Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c), d), e i), expresamente se refiere al acto que declaró la caducidad, la sentencia que impuso la pena o el acto que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden.

Así pues, de conformidad con lo expuesto anteriormente, respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria {judicial}, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, bastaba el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configurara.” (Se subraya).

La recta inteligencia de cuanto se ha dicho, permite a la Sala concluir que la causal en estudio opera *ipso iure*, lo que significa que para su configuración no se requiere de una declaratoria ni judicial ni administrativa; basta solo la ocurrencia del supuesto de hecho contenido en la disposición, es decir, haber participado en la licitación o celebrado el contrato, encontrándose incurso en una incompatibilidad o inhabilidad, para que la inhabilidad se configure y quede afectada la persona con ella por el plazo de cinco (5) años. El procedimiento que adelanta la entidad estatal para corroborar la inhabilidad o incompatibilidad y las declaraciones que efectúe en torno a su existencia son tan solo en ejercicio del deber que le asiste a ella de verificación, constatación, confirmación o ratificación de su presencia a fin de ser aplicados sus efectos en el proceso de selección en curso o en el momento previo a la suscripción del contrato, pero no son constitutivas de la causal¹³⁵.

Esta línea de pensamiento en la materia, coincide con la expuesta por la doctrina así¹³⁶:

“Es una causal que opera ipso iure, pero que exige el deber de verificación y comprobación, por parte de la entidad estatal que convoca el proceso en el que se conozca la inhabilidad preexistente, bien al momento de evaluar la oferta del inhabilitado o de celebrar el contrato. Los deberes de dirección y control de la actividad en esta hipótesis, les imponen a los responsables de la entidad convocante contratante, no

inhabilidad que se contará a partir del hecho de la entrega de su propuesta”. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. (Exp. 1732).

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2011, (Exp. 16306).

¹³⁵ ... la cual ha de contabilizarse a partir de la presentación de la oferta pues es entonces cuando incurre en la prohibición. El proceso posterior es tan solo de confirmación pero no constitutivo del instante a partir del cual han de iniciarse los cinco años de muerte que generan las inhabilidades o incompatibilidades”. (Se subraya). Cfr. Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Ob. Cit. pág. 154.

¹³⁶ Molano López, Mario Roberto. Ob. cit. págs. 289-290.

solo rechazar la oferta en todos los casos, sino de constatar que se ha consolidado una transgresión al literal b) numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Esa constatación debe hacerse con un expreso pronunciamiento, en garantía del debido proceso y excluyendo cualquier vicio en el consentimiento. Téngase en cuenta que la premisa básica de esta causal es que el sujeto afectado al presentar oferta en una licitación pública lo hace estando ya inhabilitado. Por consiguiente, el que la causal opere ipso iure, no se opone ni es óbice para que aquella entidad que ha convocado el proceso licitatorio o va a celebrar el contrato, cumpla con su deber funcional de verificar y acreditar los elementos de la inhabilidad que acompañó el proponente, para declarar la configuración de la nueva inhabilidad...”.

En efecto, es deber de la entidad estatal que tramita el proceso de selección o que celebró el contrato, según el caso, verificar y comprobar la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad anterior (supuesto de hecho) que ocasiona la nueva inhabilidad y pronunciarse de manera expresa al respecto en el momento de la evaluación, así como luego confirmar la existencia de la causal y rechazar la oferta en el acto de adjudicación o en el acto que niegue la posibilidad de celebrar el contrato o en el acto que decida la actuación administrativa especial que para el efecto se adelante¹³⁷, previa garantía del derecho fundamental del debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción (artículo 29 C.P. y artículo 3 de la Ley 1437 de 2011) y descartando que la persona esté amparada por una justificación o cualquier vicio del consentimiento en la participación en esa circunstancia, antes de tomar decisiones que afecten su libertad contractual por la aplicación de la nueva inhabilidad, como se expondrá por la Sala en capítulo aparte.

Finalmente, es claro que los pronunciamientos declarativos de la existencia de la inhabilidad¹³⁸ deben comunicarse para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros a la Cámara de Comercio respectiva para que en el Registro Único de Proponentes quede constancia de la misma (artículo 6 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007), y a la Procuraduría General de la Nación para el registro correspondiente (artículo 31 de la Ley 80 de 1993), de manera que se conozca por parte de las demás entidades estatales tales declaraciones en futuras actuaciones de participación en procesos de selección o celebración de contratos, lo cual resulta determinante para hacer efectivas las consecuencias previstas en el inciso final del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

5.5. Debido proceso en la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades

Las actuaciones de las autoridades, en cualquier escenario, deben tener como fundamento el debido proceso, en su condición de principio y de derecho fundamental, establecido en el artículo 29 de la C.P. Así, la Ley 80 de 1993

¹³⁷ Y termine verbigracia con la abstención de suscribir el contrato adjudicado y la revocatoria del acto de adjudicación por la presencia de la inhabilidad o incompatibilidad, según se explicó, o con la terminación unilateral del contrato estatal si se trata de aquellas entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que, por tanto, cuentan con esta prerrogativa exorbitante, en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, garantizando, por supuesto, el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción del contratista.

¹³⁸ Esto es, los actos declarativos de la existencia de la causal de inhabilidad, el rechazo definitivo de la oferta en el procedimiento de selección, la abstención de suscribir el contrato adjudicado, la revocatoria del acto de adjudicación por la presencia de la inhabilidad o incompatibilidad y la terminación unilateral del contrato por presencia de la nulidad absoluta del mismo debido a esa causal, según el caso.

desarrolla en relación con la contratación estatal el principio en cuestión en diferentes artículos, entre otros: el artículo 59, cuando prescribe que en aquellos casos en los que se tome una decisión en contra de un proponente o de un contratista las autoridades competentes, en providencia motivada, precisarán los hechos que le dan lugar, los medios de impugnación y defensa, los términos de que dispongan, la autoridad encargada; el artículo 24, en sus numerales 2 y 7, al indicar que los proponentes y contratistas tienen el derecho de obtener información sobre los reportes e informes y de controvertirlos, así como también la debida motivación que se exige a los actos expedidos por la entidad en la actividad contractual o con ocasión de ella. En igual dirección, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, regulan el debido proceso en el ejercicio de la facultad sancionatoria en materia contractual y son perentorios en exigir el cumplimiento de este principio y de los derechos de defensa y contradicción en forma previa a la adopción de alguna medida de ese carácter.

Adicionalmente, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 ordena la aplicación de las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, a las actuaciones administrativas contractuales; es decir, existe una clara remisión a la Ley 1437 de 2011 (CPACA), que rige a todas las entidades que conforman las ramas del poder público en cualquier nivel (artículo 2º) y establece la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas, según lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1.

Esta Corporación ha precisado en relación con este derecho lo siguiente:

“En cuanto al debido proceso en materia administrativa, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada han entendido que este debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza.

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

Es decir, se debe garantizar i) el derecho de audiencia, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. También ii) se debe proteger el derecho de defensa, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables y iv) se les asegure la imparcialidad de las decisiones. Finalmente, v) también se debe garantizar el derecho de contradicción...”¹³⁹.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012.

En ese orden de ideas, cuando se configure una inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, para que la entidad estatal pueda declarar su existencia y esta se pueda aplicar, es necesario garantizar y acatar el principio del debido proceso y, en particular, respetar los derechos de defensa y contradicción del oferente o contratista eventualmente afectado, teniendo en cuenta que se trata de una restricción o afectación a las libertades individuales.

De otra parte, tal como lo ha indicado esta Corporación, las empresas industriales y comerciales del Estado sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto de Contratación Estatal (artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007), en la aplicación de las normas que conforman dicho régimen, ejercen función administrativa, por cuanto se trata de típicas normas del derecho público y, por lo tanto, los actos que expidan como fundamento en las mismas son administrativos y no meros actos jurídicos contractuales privados. Así discurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“[L]as empresas industriales y comerciales del Estado, en su gestión contractual están obligadas a dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 80 de 1993 (arts. 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007), siendo claro para la Sala que la aplicación de las normas que conforman dicho régimen involucra el ejercicio de función administrativa y por ende es posible que para su aplicación expidan aquellos actos que tienen la connotación de administrativos, los cuales deben cumplir con las formalidades que dispongan las normas superiores y ser emitidos por el funcionario con competencia para el efecto” (subrayado por fuera del texto)¹⁴⁰.

Como puede apreciarse, en dichos eventos se trata de un acto administrativo precontractual de carácter excepcional durante la actividad contractual de la entidad estatal que se encuentra por fuera del ámbito de cobertura del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición se produce como consecuencia forzosa de lo dispuesto perentoria y obligatoriamente por la ley, en el sentido de que no es posible contratar a una persona que tenga una inhabilidad o incompatibilidad, prohibición que no se funda en el Derecho privado, sino que está prevista en una norma de Derecho público (administrativo) que se impone a las partes y que restringe la capacidad de las personas para vincularse mediante contratos con el Estado.

De ahí que, las entidades estatales contratantes sujetas a un régimen especial de contratación o al Derecho privado, en el evento en que se configure una inhabilidad o incompatibilidad respecto de un oferente en un proceso de selección por ellas adelantado, deben garantizar también el debido proceso. En este sentido se pronunció esta Sala¹⁴¹:

“[E]n relación con la actividad contractual estatal, cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, habrá de acatarse el principio del debido proceso para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente.

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 15 de diciembre de 2011 (Exp. 41339).

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015, (Exp. 2264).

Es importante considerar también, que independientemente de que la entidad estatal contratante se encuentre sujeta a un régimen especial de contratación o al del derecho privado y, por ende esté exceptuada del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública ... sus actuaciones contractuales, en general, y las que atañen a las decisiones que se tomen en torno a la inhabilidad o incompatibilidad de un proponente (...), deben estar guiadas por el debido proceso, y han de proferirse por parte del funcionario competente.” (La Sala subraya).

No puede dejarse de lado que la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad afecta los intereses del oferente o del contratista, según el caso, debido a las consecuencias negativas para él, por lo cual resulta imperioso que, como parte del debido proceso que debe cumplir la entidad contratante, se le otorgue al afectado la oportunidad para ejercer sus derechos de defensa y contradicción antes de decidir acerca de la causal correspondiente¹⁴².

Adicionalmente, conviene aclarar que, aun cuando dichas entidades adelantan su actividad contractual bajo el dominio del derecho privado, en tal caso se requiere la expedición de un acto administrativo en la etapa precontractual y no un simple acto privado, toda vez que, se reitera, la decisión de rechazo unilateral de la Administración que le impide al proponente seguir participando y celebrar un contrato se fundamenta en una norma del Derecho público administrativo y –no del Derecho privado– y debe respetar el debido proceso, como lo manda el artículo 29 de la Constitución Política, razón por cual es necesario desarrollar una actuación administrativa exclusivamente para tal efecto en la que se involucre a ese oferente.

Además recuérdese que el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública no es puro, sino que es mixto o especial, esto es, no es totalmente emanado del Derecho privado, pues combina, al menos tres aspectos que tienen por fuente el Derecho público administrativo, entre ellos, el relativo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

No sucede lo mismo en la etapa contractual cuando se percata la entidad estatal exceptuada que celebró un contrato con una persona afectada de una inhabilidad, porque, en este evento, como atrás se explicó, no es posible expedir un acto administrativo en el que se termine unilateralmente el contrato basado en la nulidad por contravención al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dado que ese caso la competencia para conocer acerca de la inhabilidad o incompatibilidad es del juez, mediante demanda promovida para atacar la validez del contrato.

En pocas palabras, de una parte, en la etapa precontractual es competencia de las entidades estatales excluidas del régimen general de la contratación estatal, rechazar o no a un proponente por causa de una inhabilidad o incompatibilidad que tenga el mismo, o sea, ante la presencia de una prohibición legal de contratar; y de otra parte, es competencia del juez del contrato decidir si invalida o no el contrato en caso de que se llegue a celebrar en esas circunstancias y, por ende, acabar o extinguir el vínculo a causa de una nulidad absoluta por ese motivo.

¹⁴² Al respecto ha sostenido esta Corporación “...con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2011. Rad. 8500123310011999020001.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que, por ejemplo, una entidad estatal como Metro de Medellín Ltda., a pesar de estar sujeta a un régimen de contratación especial (normas de derecho público y de derecho privado) debe garantizar el principio del debido proceso y las formalidades previstas en la ley en las actuaciones y decisiones que se deriven de la aplicación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades que se presenten en relación con un proponente o contratista y, en particular, que estas se adelanten y profieran por funcionario competente, o sea, por el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien éste delegue.

6. Régimen de conflictos de intereses

De conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política “*los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad*”. Sus funciones deben desarrollarse atendiendo el interés general y cumpliendo los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el ejercicio del cargo. En esa medida el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, está guiado por precisos principios establecidos en el artículo 209 *ibídem*, según el cual 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***” (Se resalta).

Así pues, los principios que rigen la función administrativa imponen a los servidores públicos el deber de actuar con moralidad e imparcialidad, para garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular. Una de las manifestaciones a través de las cuales se busca lograr estos fines en la contratación estatal es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto a nivel constitucional y legal, con el alcance que atrás se ha señalado¹⁴³.

Igualmente, otra de las instituciones complementarias previstas para garantizar los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, entre otros, es el instituto de los conflictos de intereses, regulado en los artículos 22 y 40 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, que al respecto consagran lo siguiente:

“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, **para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.**” (Resalta la Sala).

(...)

“Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

“Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.” (Resalta la Sala).

¹⁴³ Arts. 122, 126 y 127 C.P. y art. 8 de la Ley 80 de 1993 con sus modificaciones, entre otros.

El Código Único Disciplinario impone al servidor público el deber de abstenerse de incurrir en conflictos de intereses con el fin de evitar que el interés privado prevalezca sobre el interés general y garantizar la imparcialidad, igualdad, moralidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones como garantía en el ejercicio de la función pública; así mismo, califica como falta gravísima la transgresión de dicho deber¹⁴⁴.

En este mismo sentido, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, establece en los artículos 11 y 12, lo relativo a los conflictos de interés de los servidores públicos, las causales de impedimento y recusación y su trámite en las actuaciones administrativas. La primera norma ordena que “[c]uando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido”. Impone este artículo 11 de la ley en cita una obligación general para el servidor público de separarse del asunto cuando deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, y se configure respecto de él un conflicto de interés definido en la disposición normativa, caso en el cual debe manifestar por esa razón su impedimento y, en caso de que guarde silencio, incluso puede ser recusado por cualquier persona para obtener dicha separación, en los términos del inciso tercero del artículo 12 *ibídem*. Asimismo, el legislador tipifica una serie de supuestos impeditivos en los cuales se considera que el servidor público pierde la objetividad e imparcialidad necesarias al momento de tomar una decisión, comprometiendo el interés general; por tanto, las causales de impedimento son prohibiciones para actuar que se imponen al servidor público ¹⁴⁵.

¹⁴⁴ El artículo 48 del Código Disciplinario Único establece las faltas gravísimas y en el numeral 17 dispone: “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales”.

¹⁴⁵ El legislador establece una serie de reglas en las que supone que durante el trámite o decisión el servidor público puede perder la objetividad e imparcialidad, motivo por lo que debe ser apartado del conocimiento de la actuación o el asunto. Las causales de impedimento que consagra el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 para salvaguardar la imparcialidad, transparencia y objetividad en las actuaciones administrativas, son las siguientes: //1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.// 2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.// 3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.// 4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.// 5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.// 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.// 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. //8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.//9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o

Desde este punto de vista, se está frente a un conflicto de intereses cuando el interés público que debe privilegiar y presidir la conducta del servidor público, y hacer valer este en todas sus actuaciones, choca o colisiona con el interés particular suyo o de un tercero. El conflicto surge cuando el servidor público tenga un interés o provecho directo o indirecto en la toma de una decisión porque le afecta a él, o a alguno de sus parientes o familiares cercanos, de acuerdo con el análisis que se haga en cada caso particular¹⁴⁶. Así, el conflicto de interés se traduce en una incompatibilidad general, que obliga de manera imperativa y perentoria a todo servidor público a declararse impedido para actuar en un asunto¹⁴⁷, con miras a salvaguardar la transparencia, imparcialidad y objetividad en su proceder y, en últimas, preservar el interés general.

Por consiguiente, como lo ha explicado la Sala, esta institución de transparencia tiene la finalidad de impedir que prevalezca el interés privado del servidor público sobre los intereses públicos o generales de la ley, pues, prevalido este de sus funciones o influencia o conocimientos en determinado asunto, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros; es decir, es un mecanismo que busca evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o precaver que la imparcialidad de las decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares, en detrimento del interés público¹⁴⁸.

sociedad anónima.// 10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.// 11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.// 12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.// 13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.// 14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.//15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.//16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

¹⁴⁶ “[E]l tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos (...) o hacer inanes los alcances de la ley”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de abril de 2004 (Exp. 1572).

¹⁴⁷ “El artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en desarrollo de lo preceptuado en los artículos 2, 123 inciso 2 y 209 de la C. N. y con el propósito de defender el interés general, frente a las actuaciones subjetivas o ausentes de objetividad por parte de los servidores públicos, donde se hacen prevalecer las intenciones individuales, particulares y mezquinas del hombre que presta sus servicios al Estado, frente a los de la comunidad, en detrimento de nuestros bienes colectivos, instituyó de manera oportuna en el ordenamiento jurídico una incompatibilidad general que denominó conflicto de interés y que obliga de manera imperativa y perentoria a todo servidor público a declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión...” Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indebida”. Tomo iv. Segunda Reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Pág. 440.

¹⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de abril de 2004. (Exp. 1572).

Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, integrado principalmente por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, no regula en estricto sentido la figura de los conflictos de intereses. Las prohibiciones para participar y celebrar contratos están desarrolladas mediante las inhabilidades e incompatibilidades, aunque se observa que supuestos de estas últimas comportan verdaderos conflictos de intereses en que pueden estar servidores públicos que repercuten a la vez en un proponente u oferente y hacen incurrir a este en la prohibición para tener vínculos contractuales con el Estado. En la eventualidad de que esto acontezca, llama la atención la Sala acerca de que el instituto del conflicto de interés no operaría únicamente como una separación en el procedimiento de contratación del servidor público que incurra en el mismo y, por ende, se encuentre en el deber de abstenerse de intervenir y tomar decisiones en asuntos concernientes a dicha actividad, sino también podría hacer referencia a la imposibilidad de intervención de un particular que desea participar como oferente en el respectivo procedimiento, siempre y cuando ese hecho que se califica como conflicto de interés simultáneamente implicara también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en el régimen legal.

En efecto, por ejemplo, si hipotéticamente en un proceso de selección, adelantado por una entidad estatal, se presenta como oferente el cónyuge del jefe o representante de la entidad, se configura la incompatibilidad para participar y contratar con la respectiva entidad de que trata numeral 2 literal c. del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, caso en el cual dicho oferente particular se encuentra en una causal legal de rechazo de su propuesta; pero, a la vez el servidor público de la entidad se encuentra en un conflicto de interés, según el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, motivo por el cual debe ser marginado y separado del proceso de contratación, bien porque hubiera manifestado el impedimento para conocer y decidir la actuación ora porque hubiera sido recusado por esa razón, so pena de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir ante la inobservancia de este trámite de separación.

En este orden de ideas, para efectos de la consulta, debe distinguirse, de una parte, la responsabilidad disciplinaria del servidor público cuando actúa mediando respecto de él un conflicto de interés; y de otra parte, los efectos que tal conducta podría tener en la actividad contractual, en la medida en que, simultáneamente, dicha conducta configure legalmente también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley, en cuyo caso las consecuencias afectan a la persona natural o jurídica proponente o contratista. Es decir, se trata de dos situaciones jurídicas distintas: la del servidor público, sujeto a una eventual sanción disciplinaria bajo un régimen de responsabilidad personal; y la del proponente, oferente o contratista, sujeto a una prohibición para contratar con las entidades estatales por encontrarse en curso en una limitación o restricción de su capacidad negocial con el Estado.

En resumen, la ley *“consagra prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses que imponen deberes negativos o conductas en las que no debe incurrirse, con el mismo propósito de preservar la observancia de los principios que gobiernan la función pública, todos ellos encaminados a garantizar la transparencia e imparcialidad del servidor público, así como la igualdad de trato del Estado frente a los administrados y a evitar que el interés privado o particular del servidor oriente su actuación...”*¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2007. (Exp. 1822).

Para finalizar, y desde otra perspectiva, se estima pertinente mencionar que, si bien las prohibiciones en materia de contratación estatal son de ley, ello no obsta, y así lo ha dicho la doctrina como la propia Sala en otra oportunidad¹⁵⁰, para que, con fundamento en los principios de igualdad y transparencia y, en especial, en el deber de selección objetiva, las entidades estatales consagren en los pliegos de condiciones supuestos que supongan conflictos de intereses predicables a los proponentes, caso en el cual se restringe su participación en determinado proceso de selección. Esto sucede cuando concurren frente al oferente intereses antagónicos, que afecten la transparencia, igualdad, objetividad e imparcialidad en las decisiones en materia de contratación y, por ende, privilegien intereses personales, familiares o particulares en detrimento del interés público; por ejemplo, personas que por alguna razón conocieron previamente elementos esenciales de elaboración del proceso o del contrato y tuvieron injerencia en los mismos que les dé en la selección una ventaja no justificada e indebida frente a los demás¹⁵¹, en ruptura del principio de igualdad y el deber de selección objetiva. *“Es decir, que con el conflicto de interés se busca preservar el interés colectivo en todos aquellos supuestos que puedan presentar interferencias entre el interés que le debe asistir al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y el interés subjetivo que podría dar al traste con la transparencia de su labor”*¹⁵².

No obstante, se advierte que, si se quieren hacer valer supuestos de conflictos de interés como restricciones a la participación por motivos de interés general en un proceso de selección, está la entidad pública en la obligación de tipificarlos previa y expresamente en el pliego de condiciones, en cumplimiento del deber de selección objetiva del contratista. Dicho de otro modo, en tal caso *“...resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen...”*¹⁵³. Con esta advertencia, cuando un oferente incurra en un conflicto de interés tipificado en el pliego de condiciones, su propuesta debe ser rechazada, sin que se produzca otra clase de efectos en el procedimiento de contratación, a diferencia de lo que sucede con las inhabilidades e incompatibilidades, cuyos efectos jurídicos han sido atrás explicados.

7. Conclusiones

Recapitulando lo expuesto, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

- 7.1. Las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o

¹⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de marzo de 2011. (Exp. 2045).

¹⁵¹ Cfr. Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Ob. Cit. Pág. 150.

¹⁵² Ibídem.

¹⁵³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de agosto de 2006. (Exp. 1767).

internacional o, ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales celebran contratos estatales especiales que se rigen por las disposiciones que regulen su actividad, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Es decir, deben aplicar en su actividad contractual los principios de la función administrativa consagrados constitucionalmente, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y están sometidas al control fiscal, esto es, a la supervisión y control que ejerce la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso.

- 7.2. La Empresa Metro de Medellín Ltda., teniendo en cuenta su naturaleza jurídica –que se asimila al de las empresas industriales y comerciales del Estado– y que su actividad mercantil de prestación del servicio público de transporte la desarrolla en competencia con las demás empresas del sector privado –según se dice en sus estatutos y lo afirma la propia entidad–, cuenta con un régimen jurídico mixto en su actividad contractual (derecho privado y derecho administrativo) y los negocios jurídicos que celebre se reputan contratos estatales especiales.
- 7.3. Para el caso de la Empresa Metro de Medellín Ltda., si bien la regla general es que su actividad contractual está gobernada por las normas del derecho privado propias de su actividad, también debe aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y las normas que contienen las inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, de conformidad con lo ordenado por los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007.
- 7.4. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el artículo 8 numeral 2 literales d) y f) establece dentro de las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades cuando un miembro de la junta directiva de una entidad estatal contratante, en forma simultánea, participe o ejerza un cargo de dirección o manejo en la sociedad proponente o contratista; y, cuando una persona tuvo dicha calidad en la entidad estatal contratante y no han transcurrido dos años desde su retiro. Sin embargo, la primera prohibición no tiene aplicación cuando el servidor público, por disposición legal o estatutaria, desempeñe cargos de dirección o manejo en los niveles señalados, ni cuando se trate de sociedades anónimas abiertas, de acuerdo con la definición jurídica de estas contemplada en el reglamento.
- 7.5. Cuando una persona participa en el proceso de selección o celebra un contrato estatal incurra en una causal de inhabilidad o incompatibilidad se generan varios efectos por violación de la prohibición, a saber:
 - (i) Si es durante el proceso de selección que se evidencia la situación, la entidad estatal debe rechazar la oferta o propuesta;
 - (ii) Si se hubiese adjudicado el contrato pero este no se hubiere suscrito y se percata la entidad de esa circunstancia, no es posible que pueda celebrarse;
 - (iii) Las anteriores dos situaciones hacen acreedor al oferente de una nueva inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que se extenderá por un término de cinco (5)

años, contado a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso o la celebración del contrato estando incurso en una inhabilidad o incompatibilidad. Igualmente, deben comunicarse a la Cámara de Comercio para que en el Registro Único de Proponentes quede constancia de las mismas (artículo 6 de la Ley 1150 de 2007), y a la Procuraduría General de la Nación para su registro (artículo 31 de la Ley 80 de 1993);

- (iv) Si se celebra el contrato estatal regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, está viciado de nulidad absoluta, de conformidad con el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que así lo dispone expresamente;
- (v) Igual sanción legal se predica respecto de los contratos estatales especiales regidos por el derecho privado, esto es, están viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito, según los artículos 1519, 1523 y 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio;
- (vi) Aunque las nulidades deben ser declaradas por los jueces, el inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, ordena al representante legal o jefe de la entidad contratante, cuando existan ciertas causales de nulidad absoluta del contrato, dentro de las que está aquella de haberse celebrado con personas que tengan una inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, a darlo por terminado unilateralmente;
- (vii) En ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), cualquiera de las partes, el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo pueden solicitar que se declare la nulidad absoluta del contrato (y pedir como medida cautelar la suspensión del contrato mientras se tramita el proceso); igualmente, el juez administrativo la puede declarar de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes;
- (viii) La facultad de terminación unilateral del contrato establecida en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, cuando se haya celebrado con una persona incurso sobre la que pese una causal de inhabilidad o incompatibilidad, no resulta aplicable en el caso de entidades exceptuadas del ámbito de esa ley, teniendo en cuenta que sus contratos se gobiernan por el derecho privado y por los aspectos de derecho público taxativamente considerados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dentro de los cuales no se consagra dicha potestad jurídica o privilegio, razón por la cual debe acudir siempre al juez del contrato en caso de que se pretenda su extinción con fundamento en la nulidad absoluta que se configura por objeto ilícito;
- (ix) Como se indicó, existirían otras dos posibilidades: 1) terminarlo de común acuerdo, o 2) terminarlo unilateralmente, por parte de la entidad estatal, cuando en el contrato, previo consentimiento de las partes, se le haya otorgado expresamente esa potestad a una de ellas, en este caso la Administración, mediante una cláusula resolutoria expresa por tal motivo, o cuando la ley (el Derecho

privado) lo autoriza excepcionalmente y para cierto tipo de contratos (arrendamiento, mandato, prestación de servicios, etc.). Con todo, tales eventos, no evitarían, en modo alguno, que se configurara la nueva inhabilidad consecuente por haberse celebrado un contrato estando inhabilitado el contratista, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se explica en este concepto, ella opera *ipso iure*, y tampoco impide que la entidad estatal cumpla con su deber de demandar judicialmente la nulidad absoluta del contrato.

- (x) Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993);
 - (xi) Si sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita adjudicarlo al proponente calificado en segundo lugar (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993);
 - (xii) Si sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual, deberá este, previa autorización de la entidad, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993);
 - (xiii) Si sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal, el miembro que se viere afectado deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- 7.6. Cuando quiera que se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de un proponente, adjudicatario o contratista, teniendo en cuenta que se trata de una restricción a las libertades individuales, es necesario garantizar y acatar el principio del debido proceso (art. 29 C.P.) y, en particular, los derechos de defensa y contradicción del eventual afectado, para que la entidad estatal declare la existencia de la causal correspondiente y se pueda aplicar la inhabilidad.
- 7.7. Igualmente, las entidades estatales contratantes sujetas a un régimen especial de contratación o al derecho privado, en el evento en que se configure una inhabilidad o incompatibilidad respecto de un oferente interviniente en un proceso de selección, deben atender también el debido proceso, razón por la cual, pese a que su actividad precontractual se sujeta al Derecho privado, no pueden rechazar de plano por ese motivo, dado que esa decisión podrían adoptarla luego de adelantar una actuación administrativa especial en relación con ese oferente afectado, de manera que se le otorgue la oportunidad para ejercer sus derechos de defensa y contradicción. El acto con el que culmine la actuación es de carácter administrativo y puede ser susceptible de impugnación a través de acción interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 138 Ley 1437 de 2011).

- 7.8. Cabe precisar que, aun cuando dichas entidades exceptuadas adelantan su actividad contractual bajo el dominio de su régimen legal (generalmente del Derecho privado), en tal caso es necesaria la expedición de un acto administrativo en la etapa precontractual y no un simple acto privado, toda vez que, se reitera, la decisión de rechazo unilateral de la Administración que le impide al proponente seguir participando y celebrar un contrato se fundamenta en una norma del Derecho público administrativo y –no del Derecho privado- y debe respetar el debido proceso, como lo manda el artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual es necesario desarrollar una actuación administrativa exclusivamente para tal efecto en la que se involucre a ese oferente.
- 7.9. En virtud de lo anterior, la empresa Metro de Medellín Ltda., a pesar de estar sujeta a un régimen de contratación especial (normas de derecho público y privado) debe garantizar el debido proceso y las formalidades previstas en la ley en las actuaciones y decisiones que se deriven de la aplicación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades que se presenten en relación con un proponente, y en particular, que estas se profieran por el funcionario competente, esto es, una por el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien éste delegue. Cuando ya se hubiese celebrado el contrato con una persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, y se advierta esta situación durante su ejecución, no es posible que expida actos administrativos terminando unilateralmente el contrato al amparo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, sino que, como se señaló, debe demandar judicialmente la nulidad absoluta que se configura por objeto ilícito.
- 7.10. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto principalmente en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, no regula en estricto sentido la figura de los conflictos de intereses. Las prohibiciones para participar y celebrar contratos están desarrolladas mediante las inhabilidades e incompatibilidades y aquellos hacen parte del régimen de responsabilidad personal de índole disciplinaria del servidor público previsto en la Ley 734 de 2002 y las normas de la Ley 1437 de 2011 aplicables en las actuaciones administrativas. Por lo tanto, debe distinguirse, de una parte, la responsabilidad disciplinaria del servidor público cuando actúa mediando respecto de él un conflicto de interés; y de otra parte, los efectos que tal conducta podría tener en la actividad contractual, en la medida en que, simultáneamente, dicha conducta configure legalmente también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley, en cuyo caso las consecuencias afectan a la persona natural o jurídica proponente o contratista. Es decir, se trata de dos situaciones jurídicas distintas: la del servidor público, sujeto a una eventual sanción disciplinaria bajo un régimen de responsabilidad personal; y la del proponente, oferente o contratista, sujeto a una prohibición para contratar con las entidades estatales por encontrarse incurso en una limitación o restricción de su capacidad negocial con el Estado.

Así, en relación con la contratación estatal, el instituto del conflicto de interés no operaría únicamente como una separación en el procedimiento de contratación del servidor público que incurra en el mismo y, por ende, se encuentre en el deber de abstenerse de intervenir y tomar decisiones en asuntos concernientes a dicha actividad, sino también podría hacer referencia a la imposibilidad de intervención de un particular que desea

participar como oferente en el respectivo procedimiento, siempre y cuando ese hecho que se califica como conflicto de interés simultáneamente implicara también una inhabilidad o incompatibilidad prevista en el régimen legal.

- 7.11. Finalmente, la Sala advierte que no existe un desarrollo ni claridad en relación a cómo se traduce en la actividad contractual de las entidades no sometidas al régimen general de contratación estatal y gobernadas bajo regímenes especiales la puesta en práctica de los principios constitucionales de la función administrativa y control fiscal y las reglas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo cual amerita una intervención urgente del legislador para precisar normativamente la materia, con el fin de que defina y fije los criterios y reglas precisas que concreten dicha aplicación y que acaben con la incertidumbre jurídica que dicho vacío genera y de paso revise integralmente los regímenes especiales de contratación y los depure de acuerdo con su real necesidad y, como resultado de todo ese análisis, consagre un sistema organizado al respecto.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por el ex miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.- Metro de Medellín Ltda., se configuró un conflicto de intereses y/o vulneración al régimen de inhabilidades e incompatibilidades expuesto en el articulado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, modificado por la Ley 1474 de 2011?

Por las razones indicadas en la advertencia preliminar de este concepto, la Sala se inhibe de pronunciarse respecto de la situación particular y concreta planteada en esta pregunta.

2. En el evento en que un miembro de la Junta Directiva de una empresa participante en un proceso de selección y/o celebración de contrato, previamente a dicho negocio jurídico, se encuentre incurso en una o varias de las causales de incompatibilidad señaladas en el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993:

2.1. ¿Se genera automáticamente la inhabilidad de que trata el literal b, numeral 1º del artículo 8º ibídem?

Sí. Cuando una persona o empresa participa en un proceso de licitación pública y presenta una propuesta o celebra un contrato como resultado de cualquier proceso de selección, a pesar de encontrarse incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se hace acreedora a una nueva inhabilidad, de conformidad con lo previsto en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. En este evento, es suficiente con la sola participación de la persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad en el procedimiento anterior a la celebración de un contrato estatal para que, por ministerio de la ley, se genere o surja la nueva inhabilidad de que trata la citada disposición.

2.2. ¿De darse tal situación, cuál sería el término de inhabilidad consecuente?

La inhabilidad consecuente se extiende por el término de cinco (5) años, contado a partir de la fecha de la participación en el proceso a través de la presentación de la oferta o propuesta, o de la fecha de celebración (perfeccionamiento) del contrato, según el caso.

2.3. ¿Qué otras consecuencias legales se desprenden de tal situación?

Desde el punto de vista contractual, es claro que no es jurídicamente posible perfeccionar y ejecutar el contrato con la persona incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad y, de contera, tampoco podrá la persona natural o jurídica participar en procesos de selección adelantados por entidades estatales ni celebrar contratos con ninguna de ellas, durante el tiempo legal que dure la nueva inhabilidad.

3. En cualquier caso, conflicto de intereses, incompatibilidad o inhabilidad,

3.1. ¿Es necesario que la entidad contratante y/o una autoridad administrativa o jurisdiccional presente ante la autoridad competente una declaratoria de la situación para que se entienda configurada?

No se requiere de una declaratoria judicial o administrativa para la configuración de la inhabilidad de que trata el literal b, numeral 1º del artículo 8º *ibídem*.

3.2. Es decir, (i) ¿esa situación opera de pleno derecho o es necesario que exista pronunciamiento expreso al respecto a través de un acto en donde se señale que efectivamente la situación tuvo lugar?

No es necesario que exista pronunciamiento expreso a través de un acto en donde se señale que efectivamente la situación tuvo lugar. La mencionada causal de inhabilidad consecuente opera *ipso iure*, lo que significa que, para su existencia, basta solo la ocurrencia del supuesto contenido en la disposición, es decir, nace por el hecho de haber participado la persona en la licitación o celebrado el contrato encontrándose incurso en una inhabilidad o incompatibilidad.

3.3. (ii) ¿El pronunciamiento expreso debe ser emitido por la entidad contratante u otra autoridad?

Como se indicó, no se requiere de un pronunciamiento expreso por la entidad estatal que adelanta el procedimiento de selección ni de otra autoridad administrativa o judicial para que se configure la causal de inhabilidad.

Sin embargo, esta circunstancia no exime a la entidad estatal que tramita el proceso de selección o que celebró el contrato, según el caso, del deber de verificar y comprobar la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad anterior (supuesto de hecho) que ocasiona la nueva inhabilidad y pronunciarse de manera expresa al respecto en el momento de la evaluación, así como luego confirmar la existencia de la causal y rechazar la oferta en el acto de adjudicación

o en el acto que niegue la posibilidad de celebrar el contrato o en el acto que decida la actuación administrativa especial que para el efecto se adelante, según el caso.

Es decir, el procedimiento que adelanta la entidad estatal para corroborar la inhabilidad o incompatibilidad y las declaraciones que efectúe en torno a su existencia son tan solo en ejercicio del deber que le asiste a ella de verificación, constatación, confirmación o ratificación de su presencia a fin de ser aplicados sus efectos en el proceso de selección en curso o en el momento previo a la suscripción del contrato, pero, se reitera, no son constitutivas de la causal.

3.4. (iii) ¿Del pronunciamiento que se realice se le debe dar traslado al contratista para que se pronuncie al respecto?

Sí. Previamente a cualquier pronunciamiento que realice la entidad estatal acerca de la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad por parte de un oferente o contratista, debe dársele traslado de esa situación con el fin de que tenga oportunidad de pronunciarse al respecto.

Es decir, antes de tomar decisiones que limiten o restrinjan la libertad contractual del oferente o contratista por la aplicación de la nueva inhabilidad, la entidad estatal debe garantizar su derecho fundamental al debido proceso y los corolarios de defensa y contradicción (artículo 29 C.P. y artículo 3 de la Ley 1437 de 2011), y descartar que su participación en el proceso de selección o en la celebración del contrato, pesando sobre él una inhabilidad o incompatibilidad, tenga alguna justificación o no esté afectada por un vicio del consentimiento.

4. En el evento en que una entidad no esté sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,

4.1. ¿Esta se considera competente para hacer la declaratoria indicada en el numeral anterior?

No tiene la entidad exceptuada competencia para hacer una declaratoria de carácter constitutivo de la causal de inhabilidad o incompatibilidad mencionada, según se señaló en las respuestas anteriores.

No obstante, considera la Sala que sí tiene la entidad exceptuada competencia – puesto que incluso es su deber– para verificar, constatar, comprobar y confirmar la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad anterior de un oferente que se presente en esas circunstancias a un proceso de selección por ella adelantado, y que ocasiona por ese solo hecho la nueva inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así como para pronunciarse de manera expresa al respecto en el momento de la evaluación y al culminar la actuación administrativa especial que para el efecto desarrolle.

En efecto, es claro que las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su actividad contractual deben acatar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades legalmente previsto para la contratación estatal, pues así lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En la aplicación de las normas imperativas que conforman este régimen proveniente del Derecho público, dichas entidades estatales exceptuadas ejercen función administrativa, esto es, asumen posición de autoridad y, por tanto, tienen

competencia para expedir excepcionalmente actos administrativos en la etapa precontractual con fundamento en esas normas, mediante los cuales descarten la participación de un oferente en un proceso de selección cuando esté incurso en una inhabilidad o incompatibilidad y, en consecuencia, rechacen su oferta y le nieguen la posibilidad de celebrar el contrato por esa razón de interés general en que se sustenta. Estos actos deben cumplir con las formalidades que dispongan las normas superiores y ser emitidos por el funcionario con competencia para el efecto, o sea, por el jefe o representante legal de la entidad o el servidor en quien este delegue.

Finalmente, se advierte que ese pronunciamiento contenido en el respectivo acto expedido por la entidad exceptuada, como se explicó, no es constitutivo de la nueva inhabilidad que surge por el hecho de la participación del oferente con la inhabilidad o incompatibilidad previa, de conformidad con lo previsto en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

4.2. ¿En tal evento, en el curso de un proceso de selección qué acto se utiliza para hacerlo?

Si en el curso de un proceso de selección tales entidades estatales advierten que uno de los participantes está afectado por una inhabilidad o incompatibilidad, les corresponde indicarlo en el informe de evaluación de las ofertas o su equivalente y, posteriormente, como se señaló en este concepto, deben rechazar la oferta en acto administrativo debidamente motivado, esto es, previa verificación de la causal y dejando constancia en el mismo de las razones que sustentan la decisión. En todo caso, antes de la declaración de la existencia de la inhabilidad o incompatibilidad, es necesario que se garantice el debido proceso administrativo y los derechos de defensa y contradicción al proponente incurso en la respectiva prohibición (artículo 29 C.P.).

O si el contrato ya está en ejecución,

4.3. ¿Puede la Entidad expedir un acto administrativo de terminación unilateral ordenando además la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993?

La facultad de terminación unilateral del contrato establecida en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando se haya celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, no es aplicable en el caso de entidades exceptuadas del ámbito del citado Estatuto, habida cuenta de que sus contratos se gobiernan por las normas del derecho privado y aquellas del derecho público solamente en lo concerniente a los principios de la función administrativa, a los principios del control fiscal, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades (aspectos taxativamente considerados en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), en las cuales no se consagra la posibilidad de hacer uso de dicha potestad exorbitante o privilegio de decisión unilateral.

Quiere decir lo anterior que, en caso de que tales entidades exceptuadas de la legislación general de contratación estatal celebren un contrato con una persona afectada por una inhabilidad o incompatibilidad, deben proceder a demandar en plazo oportuno ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, la nulidad absoluta del contrato estatal especial por

objeto ilícito, al contravenir el derecho público de la Nación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1519, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio, y puede pedirse, adicionalmente, la adopción de una medida cautelar suspensiva del contrato (arts. 230 y 231 Ley 1437 de 2011) mientras se tramita el proceso, con el fin de que no se sigan causando sus prestaciones.

La nulidad absoluta del contrato precisa del ejercicio de dicha acción para que la autoridad judicial competente la declare, caso en el cual, una vez en firme, se extingue el vínculo negocial y se suprimen totalmente sus efectos (cesan de producirse los que están pendientes y han de retrotraerse los ya producidos), de tal manera que vuelven las cosas al estado anterior a su celebración, como si el contrato jamás hubiese existido y, además, implica que se deshagan los efectos del mismo, mediante las restituciones mutuas a que haya lugar.

De otra parte, como se indicó, existirían otras dos posibilidades: 1) terminarlo de común acuerdo, o 2) terminarlo unilateralmente, por parte de la entidad estatal, cuando en el contrato, previo consentimiento de las partes, se le haya otorgado expresamente esa potestad a una de ellas en las respectivas estipulaciones del contrato, en este caso a la Administración.

Sin embargo, de llegarse a pactar en tales contratos una causal de terminación por tal motivo o terminarse el mismo por mutuo acuerdo entre las partes, según el caso ante tales eventos, ello no evitaría, en modo alguno, que se configurara la nueva inhabilidad consecuente por haberse celebrado un contrato estando inhabilitado el contratista, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se explica en este concepto, ella opera *ipso iure*, por la sola celebración del contrato en transgresión de la prohibición, como así lo señala la jurisprudencia, y en atención a que no es un aspecto negociable ni disponible ni menos aún derogable por convención, al tratarse de un asunto previsto en la ley en cuya observancia está interesado el orden público (art. 16 C.C.). Tampoco inhibe a la entidad estatal en estos casos para demandar judicialmente la nulidad absoluta del contrato, con el fin de que se sancione el negocio jurídico con su invalidez y se ordenen las restituciones mutuas a que haya lugar.

4.4. O si el contrato ya se encuentra terminado ¿cómo debe procederse? La anterior situación no solamente en relación con la posibilidad de declaratoria, sino frente a la existencia de obligaciones pendientes, como obligaciones de pago por actividades ya ejecutadas y recibidas a satisfacción, ¿pueden pagarse?

Si el contrato viciado con la nulidad absoluta por objeto ilícito derivada de su celebración en contravención del régimen de inhabilidades e incompatibilidades ya se encuentra terminado, en los supuestos en que se hayan generado y ejecutado prestaciones recibidas a satisfacción, en principio serían eficaces provisoriamente y deben ser cumplidas las obligaciones que por esa ejecución correlativamente estén a cargo de entidad contratante según el título contractual, hasta tanto se demande y la declaración judicial que se obtenga de invalidez quede en firme, pues, únicamente a partir de dicha decisión judicial se pueden afectar los derechos y/o obligaciones aún pendientes de ejecución.

En otros términos, corresponde al órgano judicial competente emitir el respectivo pronunciamiento que declare la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y ordene las restituciones mutuas a que haya lugar; mientras ello no suceda, el vínculo contractual permanece y deben cumplirse los derechos y obligaciones que

emanan de él, teniendo una eficacia provisoria hasta que sobrevenga una sentencia judicial en firme que le ponga fin y destruya todos sus efectos.

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda solicitarse al juez la adopción de una medida cautelar suspensiva del contrato (arts. 230 y 231 Ley 1437 de 2011) mientras se tramita el proceso, con el fin de que no se sigan causando sus prestaciones.

5. En caso de que la declaratoria deba realizarla la entidad no sometida al Estatuto de la Contratación de la Administración Pública,

5.1. ¿Qué publicidad debe dársele al acto, se debe comunicar a la Cámara de Comercio y/o al sistema SIRI de la Procuraduría General de la Nación?

Como ya se indicó, no procede la terminación unilateral del contrato por parte de una entidad estatal contratante no sometida al Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, mediante un acto administrativo expedido con base en la potestad del inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, en tratándose de los excepcionales actos administrativos precontractuales que pueden expedir tales entidades en los que declaran la existencia de la inhabilidad¹⁵⁴, en los términos explicados en este concepto, los mismos deben comunicarse para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros a la Cámara de Comercio respectiva para que en el Registro Único de Proponentes quede constancia de la misma (artículo 6 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007), y a la Procuraduría General de la Nación para el registro correspondiente (artículo 31 de la Ley 80 de 1993), de manera que se conozca por parte de las demás entidades estatales tales declaraciones en futuras actuaciones de participación en procesos de selección o celebración de contratos, lo cual resulta determinante para hacer efectivas las consecuencias previstas en el inciso final del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

5.2. Así las cosas. ¿Debe la entidad exceptuada instaurar acción contractual para obtener la Declaratoria de Nulidad de los Contratos mencionados, o se presenta otra acción judicial alternativa o simultánea que debería emprenderse en estos casos?

Sí. Se reitera que corresponde a la entidad estatal exceptuada del régimen general de la contratación estatal y afectada por la celebración del contrato con una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad instaurar la demanda correspondiente, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), con miras a obtener la declaratoria judicial de nulidad absoluta del mismo, para lo cual tiene un plazo para demandar de dos (2) años, contado a partir del día siguiente al de su perfeccionamiento, y en todo caso, mientras el contrato esté vigente (artículo 164, numeral 2, literal j *ibídem*).

¹⁵⁴ Esto es, el acto declarativo de la existencia de la causal de inhabilidad y el consecuente rechazo definitivo de la oferta en el procedimiento de selección; o el acto declarativo de la existencia de la causal de inhabilidad con la abstención de suscribir el contrato adjudicado, o el acto declarativo de la existencia de la causal de inhabilidad con la revocatoria de la adjudicación por la presencia de la inhabilidad o incompatibilidad, según el caso.

Compartido por:



Por último, la Sala exhorta al Gobierno Nacional para que analice detalladamente la multiplicidad de regímenes especiales de contratación y determine la real necesidad de que se exceptúen del régimen general de contratación estatal, así como para que estudie la manera en que se deben aplicar en su actividad contractual, gobernada por el Derecho privado, los principios constitucionales de la función administrativa y del control fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Carta Política, y las reglas del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y, como resultado de ese análisis, presente a la mayor brevedad un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y coherente esta materia, de forma que se llenen los vacíos normativos, se acabe la incertidumbre que estos generan y se logre la seguridad jurídica necesaria en esta actividad.

Remítase al Ministerio de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala