

**220-26803**

**Asunto: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

Me refiero a su comunicación radicada con el número 427,770-0, a través del cual consulta si es procedente verificar la calidad de los socios de una sociedad anónima para efectos de dar aplicación a las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993. Para los fines pertinentes manifiesta que a uno de los socios le fue declarada la caducidad en los términos del artículo 91 de la Ley 418 de 1.997.

Sobre el particular se permite hacer esta Superintendencia algunas consideraciones, advertencia previa de que la respuesta es de carácter general y nunca particular, habida cuenta que el tema de consulta es ajeno a las funciones propias de la Entidad, y sus alcances se contraen a los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

**1) CONSTITUCIÓN NACIONAL**

**Artículo 2 inciso 2º,** Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

**Artículo 6º,** Los funcionarios públicos y los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes, y los primeros, además, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

**Artículo 83,** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se deben ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelantan ante éstas.

Esa presunción en modo alguno inhibe al legislador para dictar reglas y fijar requisitos, particularmente para combatir la imparcialidad, la que por su misma naturaleza relaciona a los particulares. De otra parte, regímenes de inhabilidades e incompatibilidades son comunes en los distintos dominios públicos y privados, en aras a evitar la "*entronización de la parcialidad*", sin que ello riña con la norma constitucional.

**Artículo 123,** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Estos funcionarios pueden dividirse en 3 categorías: En primer lugar están los de elección popular; en segunda instancia aquellos nombrados por las autoridades competentes, que cuentan con una vinculación estatutaria o reglamentaria definida de manera unilateral por el Estado, y que cumplen una determinada función pública. La tercera, conformada por los trabajadores oficiales.

**Artículo 128,** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público...

Nótese como el constituyente hace referencia a la incompatibilidad no sólo en razón de la asignación como lo disponía el artículo 64 de la Carta de 1886, sino del empleo mismo.

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

**Artículo 333 (3),** La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Por tanto, se han de conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio de la libertad.

**2) LEY 80 DE 1.993**

El legislador de 1.993 dispuso tres principios para tener en cuenta dentro de la contratación administrativa: transparencia, economía y responsabilidad.

Por el primero se garantiza la imparcialidad de la administración dentro del proceso de contratación; el segundo busca agilidad en el desarrollo de contratar a través de plazos perentorios, y el tercero que los funcionarios, los contratistas y la entidad actúen con base en los lineamientos trazados por el estatuto contractual, a riesgo de comprometer su responsabilidad personal al obligarse civil y penalmente.

Por ello, la citada ley es clara al señalar que **el contratista es un particular que cumple funciones públicas** en todo lo concerniente a la aclaración, ejecución y liquidación de los contratos que celebre en una cualquiera de las dependencias estatales **y, por lo tanto, están sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.**

Igualmente, esta ley, establece que los servidores públicos deben tener en consideración que al celebrar contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades se obligan a buscar en el cumplimiento de los fines estatales, una continua y eficiente prestación de esos servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en su consecución.

Bien lo ha dicho Sayagues Laso *"Los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos"*.

Así, tenemos en consecuencia que la contratación administrativa debe ser vista como servicio público, en donde la finalidad de ese Estado para ceder el ejercicio de los servicios públicos particulares se encuentra orientado a lograr sus fines, al concretarse en la contratación el interés superior del Estado de escoger objetivamente la mejor propuesta. De esto último pueden surgir restricciones y variadas reducciones, cuya validez depende de una adecuada y razonable justificación y conexidad con dicho fin.

De otra parte, los contratos estatales en Colombia están regulados por un régimen jurídico mixto, conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial en lo no regulado especialmente para ellos, más las normas especiales de derecho público contenidas en el llamado Estatuto General de Contratación de la Administración, así como las demás normas que desarrollan éste estatuto y aquellas especiales que se han dictado y se dicten sobre contratos específicos.

Además, nuestra legislación acepta el principio según el cual, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; sumándole la consideración de una relación contractual como ley para las partes. Específicamente para los contratos estatales, la Ley 80 de 1.993 dispone que deben ejecutarse de conformidad con las estipulaciones contractuales y disposiciones contenidas en dicha ley, manteniendo la igualdad o equivalencia a contratar.

### 3) INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo II, 1984, Madrid, define la **Incompatibilidad** como el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez; y a la **Inhabilidad**, como el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo u oficio.

Por vía doctrinaria, Iván Velásquez Gómez, en su libro Manual de Derecho Disciplinario citando a Díez, Bielsa y Sayagués Laso, manifiesta:

*"Para Díez la incompatibilidad se refiere a la acumulación de distintos cargos, sean éstos todos de naturaleza pública y otros de naturaleza privada. En cuanto a la inhabilitación, comporta la prohibición que sufre todo funcionario de tener en el ejercicio de su cargo y en relación con su servicio intereses que comprometen su independencia. Evidentemente entonces, la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados.*

*Para Bielsa, la incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de la acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisibles subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes.*

**Sayagués Laso**, por su parte, dice que la inhabilidad o inhabilitación constituye un obstáculo para ingresar a un cargo público y la incompatibilidad impide el ejercicio simultáneo de un cargo público con otro cargo público o determinada actividad privada".

Se comprende entonces con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo, previendo sin lugar a dudas el eventual dolo o aprovechamiento en que puedan incurrir las personas a las que ella se extiende. Es claro que en la ausencia de tales restricciones el dolo y la colusión contra el Estado y los demás participantes en la licitación o concurso podría ocurrir.

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica, traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (Código Civil arts. 1.502 y 1.503, Ley 80 artículo 6º) de ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia de ese régimen, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (art. 44 Ley 80). Ello por cuanto en un Estado social de derecho, los comportamientos, tanto de los particulares como el de los poderes públicos, se ordenan y orientan por unas normas preestablecidas, dadas en legítima forma y enderezadas a la consecución de unos valores requeridos por la comunidad, la cual ordena el acatamiento al ordenamiento jurídico imperante.

Así, aunque la ley contractual sea ajena a la regulación de la libertad económica, se sujeta, como toda norma, al cumplimiento de la Constitución, cuya tendencia es no ver entorpecido el desarrollo y la buena marcha de la gestión pública, pues en caso contrario podrían verse favorecidos los intereses de terceros o el propio en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

#### **4) EL PROCESO LICITATORIO**

Se insiste en lo dicho anteriormente, en cuanto que los artículos 209 y 211 de la Carta Política y 2º. 3º. del Código Contencioso Administrativo, advierten que los funcionarios tendrán en cuenta al momento de contratar, que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley.

Mientras tanto, el artículo 860 del Estatuto Mercantil dispone que en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

Así, en la licitación es posible señalar tres etapas:

1. La formulación del pliego de cargos que constituye la oferta del contrato. Se encuentra sometida a condición.
2. La adjudicación al mejor postor. Es el momento en que se cumple la condición.
3. Cumplida esa condición, nacen para el postor todos sus derechos y obligaciones derivadas del contrato celebrado.

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que la función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación.

Finalmente, las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.

Así, el pliego de condiciones se constituye en la ley del contrato, y a sus determinaciones y exigencias se someten no sólo en primera instancia los oferentes y luego el contratista a quien se adjudica el contrato que de él se deriva, sino la administración que no puede apartarse de su cumplimiento. Este carácter de ley de contrato explica dos de sus principales efectos:

- a. Sólo ella constituye atribución o prerrogativa de las partes en el contrato.
- b. Lo que omite, o no regula, configura una prohibición para éstas.

#### **5. LEY 418 DE 1.997 (Artículo 91) CASO MATERIA DE ESTUDIO**

Esta ley que se encuentra prorrogada por tres (3) años más a través de la Ley 548 de 1.999, se refiere al establecimiento de los instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y dicta otras disposiciones.

Así, el artículo 91 (*sanciones a contratistas*), se encuentra ubicado en la Segunda Parte (*mecanismos para la eficacia de la justicia*), Título II (***control sobre el financiamiento de las actividades de las organizaciones armadas al margen de la ley***).

Lo anterior hace presumir que el contratista al cual se le sancionó con la caducidad del contrato, quedó en un momento incurso en una cualquiera de las causales que para el efecto trata el artículo 90, y muy probablemente en una incompatibilidad, lo cual es extraño a la verificación de si la persona es accionista o no.

En estos términos se responde su inquietud, y se reitera que los alcances del concepto se encuentran determinados por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

**Rad. 427.770**