

INHABILIDAD PREVIA Y GENÉRICA: ANÁLISIS DEL LITERAL B, DEL NUMERAL 1º, DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY 80 DE 1993¹

Catalina Lotero Valencia²

RESUMEN. La inhabilidad que se regula en el literal b, del numeral 1º, del artículo 8º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagra la técnica legislativa de la *remisión normativa impropia* toda vez que, al requerir complementarse de otras disposiciones legales de orden superior y genérico, es preciso que su aplicación se realice a partir de la lectura de las normas a las que se refiere o reenvía. De esa manera, el texto abordará algunas precisiones generales sobre la *remisión normativa impropia* que se encuentra en la inhabilidad objeto de estudio, así como algunas problemáticas ínsitas en sus elementos estructurales que determinan su aplicación o procedencia en la contratación estatal.

Introducción

Con el ánimo de dar continuidad al estudio integral del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, esta vez, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— se propone estudiar los elementos estructurales de la inhabilidad regulada en el literal b, del numeral 1º, del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 a partir del test de constitucionalidad que ha dispuesto el Corte Constitucional para analizar las normas que consagran *remisiones normativas*.

De esta manera, teniendo presente que el legislador de 1993 se valió de esa técnica, se pondrá de presente que se está ante una inhabilidad en blanco que debe servirse de otras disposiciones del ordenamiento jurídico para su correcta operatividad pero que, a pesar de ello, continúa siendo una causal que guarda autonomía e identidad propia respecto a las demás causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Por consiguiente, se dejará de presente que para que la inhabilidad del literal b sea aplicable, deberá mediar o estar en firme la declaratoria de otra causal de

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de marzo de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan Carlos Ledezma Maturana, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo— sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

inhabilidad o incompatibilidad para que, de ese modo, cobren validez u operatividad los elementos estructurales que la caracterizan.

1. Análisis de la inhabilidad del literal b, del numeral 1°, del artículo 8°: inhabilidad en blanco

La Ley 80 de 1993, al consagrar las causales del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, dispuso lo siguiente:

«Artículo 8o. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar.
» 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:
[...]
» b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados».

Como se observa, a diferencia de las demás causales consagradas en este artículo, a esta inhabilidad no es posible determinarle su contenido normativo por sí mismo, toda vez que para su correcta interpretación y aplicación es preciso dirigirse a la inhabilidad consagrada en el literal a, de este mismo numeral, del artículo 8° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que preceptúa que son inhábiles para contratar con el Estado aquellas «[...] personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes».

Por consiguiente, podría afirmarse que la inhabilidad regulada en el literal b, del numeral 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 es una «inhabilidad en blanco», puesto que el legislador al definir el supuesto de hecho, es decir, la conducta que se quiere prohibir para ser contratista del Estado, alude a un referente normativo específico —el literal a—, con el que se requiere efectuar una *remisión* o *reenvío* normativo para comprender el contenido exacto y preciso de la norma remitente —el literal b—.

Bajo esa lógica, se destaca que, pese a que el literal objeto de estudio no ha sido demandado en sede de constitucionalidad, es preciso analizar si esa norma reúne o no los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para declarar la *remisión normativa* como constitucional³.

1.1. La norma remitente ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo, sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Al interior de la jurisprudencia que ha estudiado el fenómeno de la *remisión normativa*, la Corte Constitucional ha establecido que «[...] para que una remisión sea ajustada a la Constitución no se requiere que ella se refiera a un texto legal en sentido estricto o formal, pues son admisibles las remisiones hechas a otra norma del orden jurídico»⁴.

Sin embargo, de la simple lectura de esta inhabilidad, se afirma que la disposición sí posee el «contenido mínimo» para identificar el cuerpo normativo al que remite pues, de manera clara y precisa, alude al literal a de ese mismo numeral que, a su vez, hace remisión a las inhabilidades para contratar consagradas en la Constitución y la ley; de ahí que se considere que la inhabilidad del literal b, del numeral 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 se corresponde con una *remisión normativa impropia* en la medida que su complemento se encuentra presente en normas de igual o superior jerarquía⁵.

En ese orden de ideas, el «contenido mínimo» determinable al que se refiere el test de constitucionalidad de este tipo de normas y respecto a la inhabilidad que se estudia, está presente en el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado que está vigente en todo el ordenamiento jurídico, es decir, que la aplicación del literal b, del numeral 1°, del artículo 8° del Estatuto Contractual deberá hacerse, omnicomprensivamente y solo de modo enunciativo, partiendo de:

i) Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado consagradas en la Constitución Política, *verbigracia*, la que se regula en el artículo 122 Superior tras disponer que:

«[...] Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, *ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior* [cursivas fuera de texto].

O la que se encuentra regulada en el artículo 127 al preceptuar que «[...] los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales».

ii) Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, las 18 causales actualmente previstas en el artículo 8°.

iii) Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado previstas en la Ley 1150 de 2007, como por ejemplo, la inhabilidad permanente que genera reincidir en la existencia de graves inconsistencias en la información que se reporta en el Registro Único de Proponentes –RUP–, conforme con el artículo 6°.

iv) Las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado previstas en la Ley 1474 de 2011, a saber: la inhabilidad de 8 años que se genera cuando en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se acuerda con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual –artículo 27–. O las inhabilidades de 3 años que se causan con ocasión de haber sido objeto de imposición de 5 o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos 3 años; haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos 2 contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos 3 años; o haber sido objeto de imposición de 2 multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales –artículo 90–.

v) la inhabilidad para contratar con el Estado regulada en la Ley 678 de 2001, tras disponer que aquel servidor, exservidor o particular que desempeñe funciones públicas y que haya sido condenado en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, quedará inhabilitado por un término de 5 años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte.

De ese modo, la *remisión normativa impropia* que hace la inhabilidad en blanco que es objeto de estudio, cumple con el primer criterio propuesto por la Corte Constitucional en la medida que no hay ambigüedad ni indeterminación para establecer que en la aplicación de esta norma deberán tenerse presente todos los cuerpos normativos que contemplan inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

Cabe resaltar que pese a que la inhabilidad del literal b, del numeral 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 alude únicamente a quienes participaron en procedimientos contractuales «estando inhabilitados», se comparte la posición de Dávila Vinuela cuando afirma que este literal también ha de aplicarse respecto a

las incompatibilidades⁶, en la medida que se considera que sería un despropósito escindir la naturaleza moralizadora o ética de este régimen si se opta, exclusivamente, por uno de ellos —el régimen de las inhabilidades—.

1.2. La norma remitente debe contener los elementos que permitan definir, con precisión y claridad, la conducta reprochada

Gramaticalmente, debe prestarse atención al hecho de que la inhabilidad que se estudia empleó, en primer lugar y como tiempo verbal, al *pretérito perfecto simple* de los verbos «participar» —esto es, participaron— y «celebrar» —celebraron—, es decir, refiriéndose al hecho de que la acción enunciada se considera finalizada y su finalización se percibe como anterior al momento en el que se enuncia. Y, en segundo lugar, la norma también empleó, ahora como forma verbal, al *gerundio* del verbo «estar» —es decir, estando—, el cual denota que la acción está pasando, realizando o llevando a cabo o, en otras palabras, una forma verbal que indica anterioridad o simultaneidad, pero nunca posterioridad.

En ese sentido, lo que la inhabilidad que se estudia quiere indicar es lo siguiente: se reprocha a aquel que participó en un proceso contractual o celebró un contrato estando inhabilitado o incompatible por la Constitución o las leyes y, siguiendo inhabilitado o con la incompatibilidad, vuelve a participar en un proceso contractual en el presente. Es decir, que la inhabilidad del literal b, del numeral 1°, del artículo 8° del Estatuto Contractual sanciona nuevamente al oferente o al contratista que, en la actualidad, participa poseyendo una inhabilidad o una incompatibilidad previa, antecedente o preconstituida.

Bajo ese aserto, resulta claro que la norma definió con precisión y claridad cuál es el objeto de su reproche, en la medida que dispuso que *inhabilita al que participa y ya está inhabilitado o incompatible*.

1.3. La norma remitente no puede aplicar la descripción de la conducta sancionada, si esta fue efectuada con posterioridad

Atendiendo al principio de legalidad, con este criterio se alude al hecho de que la inhabilidad consagrada en el literal b, del numeral 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 no puede ser aplicada si en un proceso contractual presente se declara una inhabilidad o una incompatibilidad. En otras palabras: mal se haría si, en un proceso contractual que se surte hoy, se inhabilita al oferente o al contratista con base en la causal del literal b, cuando este, concurrentemente, fue sancionado con

⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 3ª ed. 2ª reimpresión. Bogotá: Legis Editores S.A., 2017. p. 163.

la destitución, caso en el cual la inhabilidad procedente únicamente sería la consagrada en el literal d, del numeral 1°, del artículo 8° *ibidem*.

Y esto es así, porque ha de recordarse que esta causal *inhabilita al que participa y ya está inhabilitado o con una incompatibilidad*; lo que de suyo hace que la inhabilidad que se estudia se caracterice porque su aplicación debe darse cuando se corrobora que sobre un oferente o contratista están operando o se encuentran en firme inhabilidades o incompatibilidades previas o antecedentes al proceso contractual que se surte en el presente.

De este modo, se considera que la inhabilidad analizada cumple con los requisitos exigidos para que la *remisión normativa impropia* que hace sea constitucional, en la medida que el legislador dejó claro cuál parte de dicha disposición requiere completarse con otros preceptos jurídicos, inclusive, siendo totalmente posible complementar la norma en cuestión a partir de la lectura de las normas a las que genéricamente remite.

Ahora bien, es necesario abordar los elementos estructurales que caracterizan a la declaratoria de esta inhabilidad, como a continuación lo abordaremos.

2. Elementos estructurales de la inhabilidad del literal b, del numeral 1°, del artículo 8°

El inciso segundo del literal i, del numeral 1°, del artículo 8° *ibidem* dispuso:

«[...] Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; *las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma*» (cursivas fuera de texto).

Como se profundizará, de dicha disposición pueden extraerse dos elementos estructurales que caracterizan a la declaratoria de la inhabilidad del literal b, a saber: *i)* el relacionado con su duración o temporalidad; y *ii)* el relacionado con el momento a partir del cual se computa el término de la inhabilidad. Estudiaremos los problemas asociados a cada uno, seguidamente.

2.1. Duración o temporalidad de la inhabilidad del literal b

Como se advirtió, el literal b consagra una inhabilidad para aquel que participa en un proceso contractual presente, encontrándose inhabilitado o incompatible

previamente. Entonces, cabe preguntarse: ¿cómo deberá efectuarse el cómputo de la temporalidad de esta inhabilidad, si ya existe una preconstituida?, ¿deberán sumarse los 5 años de la inhabilidad del literal b, con los X o Y años que dispuso el ordenamiento jurídico para la inhabilidad o incompatibilidad Z?

En primer término, se indica que deberá diferenciarse que aún cuando la inhabilidad del literal b consagre una *remisión normativa impropia*, en sí misma, esta continúa siendo una causal independiente y autónoma. Por ende, se considera que el cómputo que deberá efectuarse cuando la causal que se estudia es aplicable, no puede ser:

i) Aditivo o sumatorio a la temporalidad que posee la inhabilidad o incompatibilidad que precede, es decir, que si el oferente o contratista ya se encuentra inhabilitado por 3 años porque se le impusieron 5 o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos en los últimos 3 años —véase el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011— y, actualmente, participa en un proceso contractual en el cual la entidad estatal constata esta situación, *formalmente*, esto no ha de suponer que una vez se dé lugar al literal b, este quede inhábil para contratar con el Estado por el término de 8 años o por el término de 7 años y 10 meses, porque ya redimió 2 meses de la inhabilidad preconstituida, ya que, bajo este entendimiento, podría configurarse el equívoco de creer que una vez se cumplan los 3 años, se empiezan a contabilizar los 5 años de la inhabilidad del literal b.

Y ii) un cómputo condonable, esto es, considerar que redimiendo 3 de los 5 años de la inhabilidad del literal b, se saldan los 3 años originales de la inhabilidad preconstituida.

Por consiguiente, el cómputo que procede, a mi juicio, ha de ser paralelo, esto es, un escenario en el cual a un oferente o contratista le subsisten dos inhabilidades coetánea o concurrentemente, cada una con una temporalidad que transcurre independiente o por separado, puesto que el cálculo deberá realizarse a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho que dio lugar a la declaratoria de cada inhabilidad. Y, en segundo término, se precisan dos puntos adicionales:

i) El ordenamiento jurídico ha consagrado causales de inhabilidad o incompatibilidad que, al no disponer una limitación temporal, se ha considerado que son de carácter permanente, *verbigracia*, la regulada en el artículo 122 Superior; como también ha consagrado algunas que expresamente señalan que su limitación temporal es permanente, por ejemplo, la que regula el literal j, del numeral 1°, del artículo 8° de la Ley 80.

En ese sentido, se sostiene que aun cuando estas sean las causales preconstituidas que dan origen a la aplicación de la inhabilidad del literal b en un proceso contractual presente, el cómputo de los 5 años de la última no hace que se pierda el carácter permanente de la primera. Es decir, los 5 años resultan ser

simbólicos, en la medida que se seguirá estando inhabilitado, permanentemente, así transcurra el término del literal b.

Y *ii*) tratándose de las incompatibilidades que se originan, específicamente, en relaciones de afecto y parentesco, se considera que cuando estas son las que dan lugar a la aplicación de la inhabilidad del literal b en un proceso contractual presente y aun cuando transcurra el cómputo de los 5 años, seguirá subsistiendo una inhabilidad para contratar con el Estado mientras el pariente sea miembro de la entidad pública respectiva en los niveles que determina la Ley 80 de 1993, solo que, en ese evento, la causal a aplicar no sería la del literal b.

2.2. Sobre el momento a partir del cual se computa el término de la inhabilidad del literal b

El inciso segundo del literal i, del numeral 1°, del artículo 8° *ibidem* dispuso que los 5 años se contabilizarán a partir de: *i*) la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación; *ii*) la fecha de celebración del contrato; o *ii*) la fecha de expiración del plazo para la firma del contrato.

En primer lugar, se resalta que según la Real Academia Española, *participar* es «[...] Dicho de una persona: Tomar parte en algo»⁷. Desde esa perspectiva, en un concepto que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre la causal que se estudia, se determinó que una persona natural o jurídica puede participar en un proceso contractual a título de *interesado*, esto es, cuando en la etapa precontractual formula observaciones al contenido del prepliego o solicita aclaraciones al pliego de condiciones; *en defensa del interés público*, como cuando las veedurías ciudadanas ejercen control y vigilancia sobre las fases contractuales; y como *oferente o proponente*, calidad que se adquiere luego de haber presentado la oferta o la propuesta⁸.

Bajo esa lógica, el Consejo de Estado estableció que el cómputo de los 5 años de la inhabilidad consagrada en el literal b, del numeral 1°, del artículo 8° del Estatuto Contractual se erige a partir del momento en el cual el oferente o proponente inhabilitado o incompatible previamente, presenta su oferta, ya que es en ese punto donde su participación resulta ser vinculante para la entidad pública⁹.

Empero, en este texto se discrepa de dicha conclusión, porque a pesar de reconocer las dificultades que subyacen para identificar la presencia o no de

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Participar. [Consultado el 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/participar?m=form>

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. Exp. 1.732. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁹ *Ibid.*

algunas inhabilidades o incompatibilidades, inclusive como *interesado*, se puede incidir notoriamente en la voluntad de la Administración contratante y, por ende, formular una observación estando previamente inhabilitado o con una incompatibilidad, debería dar lugar a la inhabilidad objeto de estudio porque, en últimas, está tomando parte en el proceso contractual y lo que la norma pretende es que esa persona natural o jurídica no vuelva a representar un riesgo para el mercado de la compra pública.

Finalmente, en lo que respecta al cómputo de los 5 años a partir de la fecha de celebración del contrato o la fecha de expiración del plazo para la firma de este, se considera que son eventos que poseen aplicabilidad respecto a la inhabilidad en estudio si, concurrentemente al proceso contractual del presente —al que denominaremos Proceso X—, el adjudicatario es declarado inhábil o incompatible en otro proceso, previo a surtirse la celebración o la expiración del plazo para la firma del contrato del Proceso X; no obstante, se sostiene que siempre y cuando el contratista del Proceso X ostente esa calidad y quede inhábil o incompatible en otro proceso contractual, de cara al Proceso X, deberá ceder el contrato o, de lo contrario, deberá declararse la inhabilidad del literal b, la cual coincidirá con la vigencia de la causal que previamente le fue declarada.

Bibliografía

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Participar. [Consultado el 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/participar?m=form>

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 3^a ed. 2^a reimpresión. Bogotá: Legis Editores S.A., 2017.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. Exp. 1.732. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.