

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**



**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
COMPARACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E  
INCOMPATIBILIDADES: EL CASO DE FRANCIA, ESPAÑA Y  
COLOMBIA  
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN  
DERECHO CONSTITUCIONAL, REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD:  
CONSTITUCIÓN DE 1991 Y CONFLICTOS JURÍDICO EN COLOMBIA**

**AUTORA:**

**JESSICA LORENA CARREÑO ARIAS**

**lorenita.jess30@gmail.com**

**BOGOTÁ DC.**

**2018**

## INDICE DE CONTENIDO

**Resumen**

**Palabras claves o categorías**

**Abstract**

**Keywords or categories**

**PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS**

**Problema**

**Hipótesis**

**Objetivos**

*General.*

**ESTADO DEL ARTE**

**Presentación**

**Fase descriptiva**

**Fase hermenéutica**

**MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL**

**Marco jurídico**

**Caracterización de los regímenes jurídicos (Colombia – Francia – España)**

*Contratación Pública en Colombia*

**Incidencia de la Unión Europea**

**Contratación Pública en España**

**Contratación Pública en Francia**

**Comparación Jurídica**

**CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

**Conclusiones**

**Recomendaciones**

**REFERENCIAS**

**RAI. Resumen Analítico de la investigación**

## Resumen

El régimen de inhabilidades en Colombia opera como una normatividad de orden constitucional y legal que implica la incapacidad, ineptitud o circunstancias que imposibilitan el ejercicio de funciones tiene como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de la función pública. Para el caso colombiano este régimen ha sido utilizado como un mecanismo de protección del interés público, no tanto en la represión de la falta cometida.

En otras palabras, el hecho de que la inhabilidad se apoye sobre la sanción no desdibuja la finalidad de la misma, que es la de introducir una norma preventiva, de contenido prohibitivo, que impida que los cargos de manejo de la cosa pública queden en manos de individuos cuya credibilidad moral o profesional se encuentra en entredicho.

Sin embargo, existe la posibilidad que este tipo de inhabilidades e incompatibilidades regladas en el ordenamiento jurídico colombiano no solo sea un mecanismo de protección del interés público frente a la contratación con personas naturales, sino también de personas jurídicas que tengan dentro de su constitución como empresa relación o algún tipo de vínculo laboral, haciendo extensivos los efectos de la inhabilidad e incompatibilidad aplicada.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades inserto en la arquitectura legal colombiana es complejo, y mantiene serias críticas por la percepción de insuficiencia que se deriva de los casos de corrupción e inaplicación del mismo; si bien las causas son diversas todas apuntan a que la solución adoptada por el estado colombiano para garantizar la protección de la función pública se queda corta ante la dinámica social bajo la cual opera; limitaciones temporales y permanentes cuya finalidad no tiene vocación de prosperar, generan amplia incertidumbre sobre cómo debe

abordarse el tema, para que por un lado se garantice efectivamente el interés general pero sin caer en populismos punitivos que sean una brecha para la reinserción social y terminen afectando la movilidad social de los colombianos. El régimen a analizar es jurídicamente necesario pero la forma como se ha construido merece un análisis exhaustivo que permita reorientar la visión y alcances de este.

Por lo anterior expuesto, con el presente caso se pretende realizar una comparación jurídica enfocada en las inhabilidades e incompatibilidades que se encuentran en los ordenamientos jurídicos de diversos países, en medio de un ejercicio intelectual, es decir, como una fuente de conocimiento que pueda servir para replantear la forma como el Estado colombiano busca proteger el interés público, toda vez que al a fecha en el ordenamiento jurídico se tiene previsto que las inhabilidades recaigan sobre las personas naturales, pero no hay una norma o pronunciamiento claro frente a la situación de las personas jurídicas cuando en su conformación se encuentran vinculadas personas que tengan esta condición, lo cual genera un vacío normativo en este sentido.

En consecuencia, para realizar este estudio se hará uso de un concepto denominado *derecho comparado* el cual debe entenderse como un balance de los diferentes sistemas jurídicos cuyo fin es determinar las posibles similitudes y las notables diferencias, de acuerdo con el impacto y las implicaciones sociales que cada uno tiene, y se puede identificar de tres maneras:

- a) Como una comparación entre dos o más sistemas jurídicos.
- b) Como el estudio de un sistema jurídico extranjero sin hacer referencia explícita a un sistema jurídico concreto.

c) Como utilización del derecho extranjero en la ilustración de los problemas, en la búsqueda de argumentos en casos concretos y en la propuesta de alternativas sobre todo en el caso de que una ley nacional reenvíe a una ley extranjera.

Este ejercicio de derecho comparado puede servir para articular conceptos y nociones que, en el caso colombiano solo vía jurisprudencial se han intentado abordar mas no concluir, en un mundo atravesado por el pluralismo jurídico que debería dejar de mirarse como un grupo de ordenamientos aislados los cuales se acoplan a los superiores, sino por el contrario integrar y modificar dichos ordenamiento robusteciendo así la normativa vigente y evitando se generen vacíos legales que puedan afectar ese “velar por el interés general” establecido en nuestra norma de normas, la Constitución.

La construcción normativa en Colombia es un proceso caótico, raras veces estructurado y lejos de ser armónico, en gran medida por el carácter político de la rama legislativa pero que ha configurado un ordenamiento jurídico complejo, en un tema tan controversial y de gran interés para la sociedad deben ahondarse los estudios que permitan argumentar y buscar consensos ante las distintas perspectivas que se generen. El uso del derecho comparado como herramienta de análisis argumentativo proporciona un cambio en el paradigma colombiano legal que ejemplifica. Si bien en el ámbito internacional las inhabilidades e incompatibilidades son declaradas y presentadas de forma diferente –Hasta nominalmente- los argumentos que las validan pueden ser aplicados a nuestra sociedad para evaluar y construir mecanismos similares fácilmente integrables con otros ordenamientos jurídicos lo que nos acerca a la noción de un derecho universal, que es lo que en ultimas la globalización requiere. Adicionalmente el derecho comparado no es una técnica desconocida para nuestra rama judicial, el más sonoro ejemplo fue

la discusión del aborto bajo la cual la corte constitucional analizo 14 países y los argumentos que estos presentaron para adecuar su decisión y lograr consonancia con el cambio cultural que vive el mundo actual. Igual ejercicio se plantea para el tema contractual que lejos de estar perfectamente definido y delimitado requiere revisión y evaluación por la génesis misma del régimen.

### **Palabras claves o categorías**

Régimen de inhabilidades en Colombia, normatividad de orden constitucional y legal, incapacidad, ineptitud o circunstancias que imposibilitan el ejercicio de funciones, moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de la función pública, mecanismo de protección del interés público, inhabilidad y su finalidad, norma preventiva, individuos con credibilidad moral o profesional en entredicho, inhabilidades e incompatibilidades frente a la contratación con personas naturales y jurídicas, limitaciones temporales y permanentes, *derecho comparado*

### **Abstract**

The disability regime in Colombia operates as a normative constitutional and legal order that implies the incapacity, ineptitude or circumstances that preclude the exercise of functions has as its primary objective to achieve the moralization, suitability, probity and impartiality of the public function. For the Colombian case, this regime has been used as a mechanism to protect the public interest, not so much in the repression of the crime committed.

In other words, the fact that the disability is based on the sanction does not blur the purpose of it, which is to introduce a preventive rule, prohibitive content, which prevents the charges of

handling the public thing remain in hands of individuals whose moral or professional credibility is in question.

However, there is the possibility that this type of disqualifications and incompatibilities ruled in the Colombian legal system is not only a mechanism for protecting the public interest against contracting with natural persons, but also for legal entities that have their constitution as a company relationship or some type of employment relationship, extending the effects of the disability and incompatibility applied.

The regime of inabilities and incompatibilities inserted in the Colombian legal architecture is complex, and it maintains serious criticisms for the perception of insufficiency that is derived from the cases of corruption and inapplicability thereof; although the causes are diverse, all point to the fact that the solution adopted by the Colombian State to guarantee the protection of the public function falls short of the social dynamics under which it operates; temporary and permanent limitations whose purpose has no vocation to prosper, generate wide uncertainty about how the issue should be addressed, so that on the one hand the general interest is guaranteed but without falling into punitive populisms that are a breach for social reintegration and end up affecting the social mobility of Colombians. The regime to analyze is legally necessary but the way it has been built deserves an exhaustive analysis that allows to reorient the vision and scope of this.

For the foregoing, with this case we intend to make a legal comparison focused on the disabilities and incompatibilities found in the legal systems of different countries, in the middle of an intellectual exercise, that is, as a source of knowledge that can serve to rethink the way in which the Colombian State seeks to protect the public interest, since as of the date in the legal order it is foreseen that the disabilities fall on the natural persons, but there is no clear norm or

pronouncement regarding the situation of the legal persons when in their conformation people with this condition are linked, which generates a normative vacuum in this sense.

Consequently, to make this study will use a concept called comparative law which should be understood as a balance of the different legal systems whose purpose is to determine the possible similarities and notable differences, according to the impact and social implications that each one has, and can be identified in three ways:

- a) As a comparison between two or more legal systems.
- b) As the study of a foreign legal system without explicit reference to a specific legal system.
- c) How to use foreign law in the illustration of problems, in the search for arguments in specific cases and in the proposal of alternatives especially in the event that a national law reverts to a foreign law.

This exercise of comparative law can serve to articulate concepts and notions that, in the Colombian case only via jurisprudential have tried to approach but not to conclude, in a world crossed by the legal pluralism that should stop looking at itself as a group of isolated orders which they are coupled to the superiors, but on the contrary to integrate and modify said ordering thus strengthening the current regulations and avoiding legal gaps that may affect that "watch over the general interest" established in our standard of norms, the Constitution.

Normative construction in Colombia is a chaotic process, rarely structured and far from being harmonious, largely due to the political nature of the legislative branch but which has shaped a complex legal system, in a controversial subject of great interest to the society should deepen the studies that allow to argue and seek consensus before the different perspectives that are generated. The use of comparative law as a tool of argumentative analysis provides a change in the Colombian legal paradigm that it exemplifies. Although in the international arena the

inabilities and incompatibilities are declared and presented differently - even nominally - the arguments that validate them can be applied to our society to evaluate and build similar mechanisms easily integrated with other legal systems, which brings us closer to the notion of a universal right, which is what globalization ultimately requires. Additionally, comparative law is not an unknown technique for our judicial branch, the most resounding example was the discussion of abortion under which the constitutional court analyzed 14 countries and the arguments they presented to adapt their decision and achieve consonance with the cultural change that live the current world. The same exercise arises for the contractual issue that, far from being perfectly defined and delimited, requires revision and evaluation by the very genesis of the regime.

**Keywords or categories**

Disability regime in Colombia, regulations of constitutional and legal order, disability, ineptitude or circumstances that preclude the exercise of functions, moralization, suitability, probity and impartiality of the public function, mechanism of protection of the public interest, disability and its purpose, norm preventive, individuals with moral or professional credibility in interdiction, inabilities and incompatibilities against contracting with natural and legal persons, temporary and permanent limitations, comparative law.

## **PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS**

### **Problema**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades muestra insuficiencia, que se evidencia en los casos de corrupción e inaplicación del mismo; la solución adoptada por el Estado colombiano para garantizar la protección de la función pública se queda corta ante la dinámica social bajo la cual opera; presenta, además, limitaciones temporales y permanentes cuya finalidad no tiene vocación de prosperar, generando amplia incertidumbre sobre cómo debe abordarse el tema.

### **Hipótesis**

El acudir al derecho comparado, enfocado hacia las inhabilidades e incompatibilidades que se encuentran en los ordenamientos jurídicos de diversos países, puede ser adecuado para replantear la forma como el Estado colombiano debería proteger el interés público.

### **Objetivos**

#### ***General.***

Analizar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades colombiano en comparación con el manejo de dichas figuras en Francia y España.

#### ***Específicos***

-Caracterizar los efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el medio colombiano, Francia y España.

-Evaluar la operatividad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades colombiano.

## ESTADO DEL ARTE

### Presentación

A continuación, se hace la presentación de tres trabajos relacionados con el tema materia de investigación, de los que se efectúa en primer término la descripción del tema, autores, problema, hipótesis y objetivos (fase descriptiva) y si se dieron respuesta al problema, si se comprobó la hipótesis y el cumplimiento de los objetivos y cuál es el aporte que esos hacen al trabajo que se lleva (fase hermenéutica).

### Fase descriptiva

<b>Investigación 1</b>	
Tema	Dificultades de tipificación en la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública
Autor (es)	Andrés Felipe González Ramírez
Institución y año	Universidad Militar Nueva Granada, 2016
Problema	Las dificultades de tipificación en la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública en Colombia con base en el Artículo 408 del Código Penal Ley 599 de 2000.
Hipótesis	No se presentan
Objetivos	O.G.: Destacar la dificultad de tipificación que tiene el operador judicial en torno del artículo 408 del Código Penal debido al contenido disperso de sus elementos normativos en el ordenamiento jurídico colombiano
<b>Investigación 2</b>	
Tema	Sanción Administrativa En Colombia
Autor (es)	María Lourdes Ramírez-Torrado Hernando V. Aníbal-Bendek
Institución y año	Universidad del Norte, 2015
Problema	El incremento de las acciones y poderes de la administración, y la necesidad de que sus actuaciones se

	<p>adecúen al respeto de los derechos humanos han tenido impacto directo en la actividad sancionadora de la administración. Esta actividad está presente en la vida de los administrados, demanda la atención de la doctrina y del legislador para su construcción, y la precisión de sus figuras y principios, que se edifican sobre su cimiento más emblemático: la sanción administrativa.</p>
Hipótesis	No se presentan
Objetivos	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Analizar la potestad sancionatoria del estado.</li> <li>-Profundizar en la sanción administrativa como principio.</li> <li>-Determinar el alcance de la sanción administrativa en el desarrollo de la doctrina constitucional</li> </ul>
<b>Investigación 3</b>	
Tema	Características sancionatorias del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación administrativa
Autor (es)	Antonio Alejandro Barreto Moreno
Institución y año	Universidad de la Sabana, 2017
Problema	<p>Este documento evidencia la tendencia del constituyente y legislador de inclinarse por un modelo sancionatorio en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, y destaca su interés por castigar a través del derecho administrativo, siguiendo una tendencia dura legislativa que busca nutrir de medidas punitivas el ordenamiento legal, como reacción al clamor social que se expresa por medios de comunicación, redes sociales y que exigen resultados eficaces del Estado, particularmente en contra de actos de corrupción. Adicionalmente, es indudable que esta lógica legislativa está orientada por organismos internacionales a los cuales Colombia desea adherir de forma definitiva, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); situación que explica las reformas en la materia que se han aprobado recientemente y proyectos de revisión estructural al mercado de contratación pública como el presentado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE), que sigue la misma línea al pretender modificar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades por un modelo de prohibiciones y conflicto de intereses.</p>

Hipótesis	Las recientes leyes que introdujeron inhabilidades e incompatibilidades mantienen una lógica sancionatoria, que operan como restricciones de capacidad.
Objetivos	<p><b>General.</b> Analizar las recientes modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parte del legislador estableciendo si tienen un claro y fuerte contenido punitivo.</p> <p><b>Específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Caracteriza los efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el medio colombiano vigente.</li> <li>-Plantear modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades</li> </ul>

### Fase hermenéutica

El ordenamiento jurídico colombiano ha consagrado las inhabilidades e incompatibilidades en diversos textos, que componen el denominado “régimen de inhabilidades e incompatibilidades”, de este compendio normativo se desprenden un sin número de investigaciones donde se aborda la capacidad sancionatoria del estado, en especial en lo relativo al derecho administrativo el cual, como se ha afirmado, pretende el correcto funcionamiento de la administración pública, y la defensa de la imagen y el prestigio del estado en cabeza de las instituciones que lo representan. Derecho que tiene sus elementos propios que lo distinguen y caracterizan del *ius puniendi* judicial del Estado, pues está sujeto a las reglas y principios de un área que ha tomado fuerza las últimas décadas: el derecho administrativo sancionador.

De forma general y con base a diversas sentencias de las altas cortes, se ha aceptado que las inhabilidades son limitaciones precisas a la capacidad de los contratistas, o también mecanismos para garantizar la objetividad e imparcialidad en los trámites precontractuales o contractuales.

En las últimas reformas introducidas el legislador, alejándose de la estructura clásica de la Ley de Contratación Pública, incluyó algunos casos de inhabilidades con efectos diferentes de los consagrados en el régimen tradicional, que le otorgan tintes sancionatorios, lo cual sumado a la denominación de prohibición, noción principalmente relacionada en Colombia con el derecho disciplinario, reiteran el carácter punitivo de la materia y mantienen la sanción como elemento fundamental de la prevención del estado hacia la probidad y moralidad requerida en la contratación estatal.

Las relaciones contractuales se ven regladas por un ordenamiento jurídico caracterizado por la capacidad sancionatoria del Estado como garantía de la prevalencia del interés general sobre el particular, sin perjuicio de todas las opiniones que pueda generar al respecto.

Salvo la investigación de Barreto Moreno, en las demás no se encuentran explícitamente hipótesis para el desarrollo de las investigaciones, una respuesta a ello puede ser el rigor metodológico o la ausencia del método científico en la elaboración de investigaciones jurídicas, temas que sobrepasan los alcances de esta investigación.

En el caso de Barreto Moreno muestra como organismos internacionales y proyectos nacionales denotan una tendencia hacia lo que el llamado el “neopunitivismo” confirmando su hipótesis inicial que existe un afán de penalizar el derecho en general, y como él lo advierte, incluido el administrativo mediante la inclusión de medidas sancionatorias en el mayor número de escenarios posibles.

Para el mismo Barreto Moreno la influencia internacional resulta meritoria en las propuestas para reformar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con la salvedad de

la necesidad de tener en consideración aspectos de contexto propios de nuestro medio jurídico, como la calificación de prohibición, que es propia del derecho disciplinario.

No obstante, quizá uno de los objetivos sea justamente insertar o acercar mucho más este régimen al derecho disciplinario, caso que requiere un examen mucho más exhaustivo y una estricta definición de los lineamientos de nuestra política de contratación estatal en lo referente a inhabilidades e incompatibilidades.

Del mismo modo concluyen Ramírez y Aníbal al afirmar que en Colombia, la Corte Constitucional, en reiteradas jurisprudencias sobre control constitucional y de acción de tutela, se han definido los rasgos de esta institución y se ha centrado mucho más en el estudio de los principios que regulan la actividad que en el concepto, alcance, diferencias de esta figura jurídica, que es nuclear de la actividad sancionadora del Estado.

Desde otro punto de vista se converge a las mismas premisas pues González Ramírez determina que en el campo de la contratación estatal y con respecto al régimen de inhabilidades el operador judicial está limitado por el amplio espectro de principios que lo desarrollan, pues comprende los principios de la Función Administrativa, los de la Actuación Administrativa, y los de la Gestión Fiscal; los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo; los cuales restringen el accionar del servidor público, como garantía de transparencia en la contratación estatal protegiendo los recursos públicos y el interés general.

Dentro de los estudios adelantados en materia de contratación estatal colombiana vale la pena resaltar algunos elementos que sirven como punto de partida para nuevas investigaciones que aportan a la ampliación de la frontera del conocimiento, uno de ellos es la aceptación vía doctrina y jurisprudencia de que los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad

son diferentes y atienden distintos criterios. Sin embargo, la Ley de Contratación Estatal considera de otra manera el asunto, puesto que, si bien menciona las dos nociones, las reporta como si entre una y otra no hubiere distinción alguna al tener efectos idénticos.

Adicionalmente como lo expone Barreto Moreno el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es transversal a la contratación estatal en dos sentidos: en el primero, porque según el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 es aplicable a todas las entidades públicas sin que sea relevante su régimen de contratación (Ley 1150, 2007); en el segundo, porque durante todo el proceso de escogencia del contratista, sin importar si la modalidad de selección, o en el de ejecución o liquidación contractual, genera algún efecto jurídico dependiendo en la etapa que se encuentre el trámite.

Ramírez y Aníbal realizan una puntualización de los principales tópicos de las sanciones administrativas en Colombia, caracterizándolas, acotándolas y desde luego presentando casos de uso en los cuales vía ejemplificación se presentan críticas y opiniones diversas sobre el verdadero poder sancionador del estado, aunque si bien las posturas de los autores pueden o no ser compartidas, es evidente el esfuerzo que han hecho por simplificar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y presentar algunas de las más seguras controversias, las cuales aunque apoyadas en fallos de las cortes colombianas, generan serias dudas sobre la interpretación surtida para llegar a fallar en dicho modo, de las fuentes consultadas es una de las más críticas y las que mayor número de interrogantes abre sobre los verdaderos alcances del *ius puniendi* del estado en materia contractual.

El tema requiere un ordenamiento, al menos en términos de cronología y aplicación, ya que desde las modificaciones, actualizaciones, derogaciones y revisiones de la Ley 80 de 1993,

se identifica la complejidad y dispersión normativa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades vigente en Colombia creando un compendio de normas sin una ordenación sistemática, cuyo conocimiento es exigible para el actuar correcto del funcionario público o del que aspire a serlo.

Como lo examinó González, en lo referente a la contratación estatal se concluye que quien esté llamado a analizar la tipicidad de la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, debe verificar la calidad del servidor público del sujeto activo, quien además debe estar en ejercicio de sus funciones e intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, configurando con ello una violación o abuso de poder por excederse en sus competencias u omitirlas en contra de las disposiciones sobre inhabilidades e incompatibilidades.

## MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

### Marco jurídico

Las inhabilidades e incompatibilidades están definidas en el ordenamiento jurídico colombiano como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que constituyen limitaciones a la capacidad para contratar con las entidades estatales o ser servidor público, estas obedecen a la falta de aptitud o una cualidad, calidad o requisito por parte de la persona que va a suscribir el contrato con una entidad estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia cuenta con una normativa vigente en este tipo de circunstancias iniciando con la Constitución Política de 1991, Art 122, el cual establecía originalmente que el servidor público que fuera condenado por delitos contra el patrimonio del Estado quedaría inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. Sin embargo, este artículo fue modificado en dos ocasiones mediante los actos legislativos 01 de 2004 y 01 de 2009, adicionando ciertas conductas para las inhabilidades.

Posteriormente, crearon leyes que establecieron y reglamentaron las inhabilidades e incompatibilidades como son la ley 80 de 1998 en su artículo 8°, referentes a las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos la cual es complementada por la Ley 1474 de 2014 que estableció en sus artículos 1 y 2 inhabilidades para las personas que hayan sido intervinientes en actos de corrupción.

Ahora bien, para el tema de funcionarios públicos se creó el Código único Disciplinario (Ley 734-2002), el cual en su capítulo cuarto se desglosan aquellas inhabilidades e

incompatibilidades en las que se pueden hallar incursos los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, esta norma también fue complementada por la Ley 1474 de 2014 que incorporó dos inhabilidades más en sus artículos 3 y 4.

El estatuto de contratación estatal ley 80 de 1993 es por excelencia el marco normativo regulador de la actividad contractual del Estado colombiano y sus entidades, por esto, para garantizar la transparencia en dichas actuaciones el legislador prevé un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que recogen una relación de circunstancia vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar.

Esa nulidad del contrato que acarrea la inobservancia de dichas prohibiciones tiene como fin la protección del interés general, de la moralidad pública como principio pilar de la función pública administrativa y el patrimonio estatal, pero debido a que el estatuto en su artículo octavo prescribe unas inhabilidades e incompatibilidades que a primera vista parecen ser expresas pero que si se analiza con detenimiento esta enunciación, se llega a la conclusión que al legislador establecer una lista enunciativa al respecto cuando expresa “las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”, realiza una remisión normativa que deja abierta la posibilidad a que se entiendan anexadas otras inhabilidades e incompatibilidades que no fueron textualmente incorporadas.

De tal forma que en el ordenamiento jurídico colombiano se tiene un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que acepta, refiere y contempla una dispersión de todas las reglas aplicables a las situaciones que se presentan en la ejecución contractual de un estado como el colombiano. Esta dispersión normativa dificulta las labores de vigilancia y control y

añade complejidad a un régimen que desde su definición no debería presentarse; reglas e interpretaciones yacen en la constitución, leyes, decretos, pactos internacionales y jurisprudencia atomizando de cierta forma la aplicación de ley y fomentando los vacíos que dicha dispersión genera en la interpretación y aplicación.

El ordenamiento jurídico colombiano ha evolucionado y mediante la expedición de normas recientes ha incorporado una serie de reglas según la dinámica de la sociedad colombiana, entre estas el fortalecimiento del régimen disciplinario (Ley 734, 2002; Ley 1474, 2011; y Decreto Ley 019, 2012); el control fiscal (Ley 1474, 2011, arts. 41 a 60 y 110 a 120), que si bien tiene por objeto restaurar el patrimonio estatal, tiene claros rasgos sancionatorios que no pueden desconocerse; el fortalecimiento del esquema de vigilancia, control y sanción de las superintendencias (Ley 1340, 2009; Ley 1437, 2011; Ley 1438, 2011; Ley 1778, 2016, entre otras); a esto se suma el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública, reformado por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y posteriormente modificado por la Ley 1778 de 2016.

### **Caracterización de los regímenes jurídicos (Colombia – Francia – España)**

#### ***Contratación Pública en Colombia***

En 1993 fue adoptado el Estatuto general de contratación a través de la ley 80 de 1993, ley que se encuentra en vigor actualmente; La ley 80 de 1993 permitió implementar un sistema mixto entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, así las cosas, el contrato celebrado por la administración colombiana será un “contrato público”. En términos generales la normatividad vigente aplicable al tema de contratación en donde interviene el Estado se encuentra regulada en la Constitución Nacional, en el régimen de contratación estatal (Leyes 80

de 1993 y ley 1150 de 2007) en sus decretos reglamentarios como el 1082 de 2016, en el Código Civil y en el Código de Comercio Colombianos y la abundante jurisprudencia que ha servido como mecanismo que articula y subsana las controversias.

En términos generales el estatuto de contratación colombiano tiene una configuración con una estructura perfectamente definida, limitada en el tiempo y espacios y con claridad frente a las controversias y recursos que se pueden presentar, existe unas modalidades de selección regladas y en general se cuentan con unos principios orientadores que direccionan en todo momento el proceso contractual, mismo proceso que fuera seccionado en etapas con actividades y procedimientos específicos que dan cierta ritualidad a la gestión de los dineros públicos.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se han denominado a las inhabilidades e incompatibilidades como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que constituyen limitaciones a la capacidad para contratar con las entidades estatales y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. El 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. La inobservancia a este régimen es causal de nulidad del contrato celebrado.

## **Incidencia de la Unión Europea**

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea o ,como lo denominan Moreno y Pinto, el ordenamiento jurídico comunitario posee su propio sistema de fuentes que emanan de las instituciones de la Unión Europea y, asimismo, goza de mecanismos y procedimientos tanto de aplicación de las normas como de sanción por su incumplimiento. Este Derecho comunitario o de la Unión Europea, está compuesto por los denominados ‘Derecho originario’ y ‘Derecho derivado’. La pertenencia de un Estado a la Unión Europea produce como consecuencia una distribución de competencias entre el Estado miembro y la Unión. El Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y en ese ámbito rigen las normas nacionales, pero hay otras materias cedidas a la Unión en las que rigen tanto el Derecho de la Unión Europea originario, como los actos y normas adoptados por las instituciones europeas, el Derecho de la Unión Europea derivado. (Moreno Molina & Pintos Santiago, 2015)

Una de esas materias cedidas por su trascendencia social, medioambiental y económica es la contratación pública. Ahora bien, las normas de los dos ordenamientos jurídicos (comunitario y nacional) coexisten en cada Estado miembro y ocurre que los dos ordenamientos tienen unos mismos destinatarios, las personas físicas y jurídicas de cada país; en base a este hecho existen múltiples relaciones entre las normas comunitarias y las nacionales y esas relaciones están gobernadas por el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea junto a los principios de efecto directo y de primacía del Derecho de la Unión Europea, que deben ser obligatoriamente tenidos en cuenta por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar la normativa interna.

Ahondar en el conocimiento de la contratación pública europea presenta elementos que deben ser comprendidos para dimensionar los efectos jurídicos, políticos y sociales que conllevan, tal vez el más importante son las directivas de la UE. La figura de la Directiva se incluyó para ofrecer a las instituciones comunitarias una fórmula basada en la distribución de tareas y en la colaboración entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos internos. La Directiva es más flexible que el Reglamento y se adecua mejor a las particularidades de los Derechos internos. No tienen un alcance general, sólo obligan a sus destinatarios que son los Estados. Sin embargo, cuando las Directivas se dirigen a todos los Estados, como es habitual en el caso de las Directivas en materia de contratación pública, se presenta como un procedimiento de legislación indirecta que en la práctica tiene un alcance general.

La Directiva es una fuente derivada que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TFUE). Son normas de resultado y un instrumento para armonizar las legislaciones de los Estados miembros, de igual forma el Tribunal de Justicia ha establecido mecanismos para garantizar la aplicación de las Directivas cuando no se hubiesen incorporado en plazo por los Estados. Así, aunque la Directiva no es directamente aplicable, el alto Tribunal de la Unión Europea ha señalado que se podrá exigir la aplicación directa de aquellas disposiciones de una Directiva cuyo contenido sea claro, preciso e incondicional. Es lo que ya conocemos como ‘efecto directo’, principio este que es perfectamente aplicable a las Directivas sobre contratación pública. (Moreno Molina & Pintos Santiago, 2015)

## **Contratación Pública en España**

La contratación pública en España y su reglamentación se ha encontrado regulada hasta su última actualización (9 de marzo de 2018 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo UE, “LCSP”). en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aún con la mencionada actualización, los contratos del sector público reciben su regulación esencial en el TRLCSP, dado que es el medio por el cual el Estado español transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, entre otras.

En palabras de del colectivo de abogados español “Uría Menéndez” la LCSP incluido en su ámbito subjetivo a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, y las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de estas entidades cuando reúnan los requisitos para ser consideradas poder adjudicador. La nueva Ley lleva a cabo una regulación más precisa de las fundaciones públicas, a las que califica como poderes adjudicadores. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, los contratos y negocios jurídicos excluidos se han estructurado de manera más ordenada y definida. Además de excluir expresamente supuestos como el de los contratos para la realización de campañas políticas, el nuevo artículo 6 de la LCSP regula detalladamente los requisitos cumulativos para que los convenios y encomiendas de gestión queden fuera del ámbito de aplicación de la Ley. (Uría Menéndez, 2017).

En términos prácticos, y abstractos, la gestión contractual en España está regulada por el Código de Contratos del Sector Público que contiene los textos y leyes anteriormente

mencionadas, y todos aquellos que aún mantienen plena vigencia en el territorio español, dicho código es un documento integrador de normas (Leyes, Reales Decretos, Resoluciones y Ordenes) que hacen parte de la arquitectura jurídica con la que se ha construido el régimen contractual español.

En cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades se encuentran en el Libro Primero. Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, Sección 1 Aptitud para contratar con el sector público y Sección 2 Acreditación de la aptitud para contratar, ambas con una Subsección 2 prohibiciones para contratar.

Estas prohibiciones en términos generales excluyen de la gestión contractual a todos aquellos quienes se encuentren responsables disciplinaria y/o penalmente por la comisión de determinadas conductas como lo son terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio., así como el incumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, una amplia gama de disposiciones fiscales y laborales como lo son por ejemplo la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad o haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable.

De igual manera, se incorporan prohibiciones por faltas en procesos contractuales como haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

Dentro de las prohibiciones para contratar se encuentra un literal dedicado a las incompatibilidades. Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006 de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma (Junta Consultiva De Contratación Administrativa, 2014).

Estas referencias son las invocadas por los principales tribunales, juntas y órganos de decisión para resolver controversias y se configuran como el sustento jurídico para la toma de decisiones.

### **Contratación Pública en Francia**

Como punto de partida se tiene que las empresas registradas en la UE tienen derecho a concursar para contratos públicos en cualquier país de la UE, de este modo la legislación europea establece unas normas mínimas armonizadas que se aplican a las licitaciones por encima de un valor determinado, en las licitaciones de valor más reducido se aplican las normas nacionales, que en todo caso deben respetar los principios generales de la legislación de la UE.

Los procedimientos para los contratos por un valor inferior al umbral pueden simplificarse en comparación con las licitaciones abiertas a toda la UE; estas normas mínimas establecen los tipos de procedimientos aplicables al mismo tiempo que puntualizan en diversos conceptos en donde incluyen subreglas básicas como los son plazos, cuantías y algunas excepciones.

Ya puntualmente en Francia el marco jurídico de la gestión contractual está inmerso en el Código de Contratación Pública “*Code des marchés publics*”, que fue derogado en su totalidad el 1 de abril de 2016, la modificación hecha al código de contratación fue realizada por el Decreto N ° 2016-360 de 25 de marzo de 2016 sobre Contratación Pública, el decreto transpone las disposiciones de la Directiva 2014/24 / UE de 26 de febrero de 2014 sobre adjudicación de contratos públicos y de la Directiva 2014/25 / UE de 26 de febrero de 2014 sobre la adjudicación de contratos por entidades que operan en agua, energía, transporte y servicios postales y prevé la aplicación de la Orden n ° 2015-899 del 23 de julio de 2015 relativa a la contratación pública.

Como primera característica tenemos que el código, en virtud del cumplimiento de compromisos a nivel de UE ha sufrido una desintegración normativa, las modificaciones son realizadas por directivas de la UE que luego son incorporadas al ordenamiento jurídico francés mediante Ordenanzas y Decretos. (Secretaría General del Gobierno Frances, 2018)

El código francés de la contratación divide en 5 partes la reglamentación contractual interna de esta forma: Primera parte: Disposiciones generales, Segunda parte: Disposiciones específicas para los mercados de asociación, Tercera parte: Disposiciones relacionadas con el extranjero, Cuarta parte: Disposiciones varias y Parte cinco: Disposiciones finales. En este

código la legislación francesa define los conceptos sobre los cuales se edifica la gestión contractual del estado francés, se otorgan definiciones, ámbitos de aplicación, disposiciones generales y específicas, formas de ejecución, tipos de regímenes, medios de verificación reglas, subreglas y principios sobre los cuales operaran los contratos con el sector público.

La Ordenanza N ° 2015-899 del 23 de julio de 2015 relativa a los mercados públicos, es la reforma más amplia que ha sufrido el código de contratación en los últimos años y buscaba mediante la derogación de múltiples articulados del Código de contratación del 2006, ordenanzas y cláusulas administrativas unificar las Directrices de la UE, junto con múltiples decretos y leyes no solo del Código de contratación sino de los otros tantos (Francia tiene más de 20 Códigos) lo que implica que la integración normativa es un proceso complejo, y que mediante esta ordenanza se da un paso considerablemente grande en esa dirección.

Adicionalmente el derecho francés hace una clasificación de los contratos detallada, la cuantía, el tipo de entidad contratante y el objeto del contrato dan lugar a una extensa clasificación para la cual existen normas comunes, también desarrollan algunas particulares en virtud de la misma clasificación.

El tema de los condicionamientos para participar (Inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o exclusiones) es denominada interdicción de ofertar "*Interdictions de soumissionner*", contenida en la primera parte, Disposiciones Generales Capítulo IV: Reglas generales de adjudicación Sección 3: Selección de candidatos, Subsección 1: Condiciones de participación, (Equivalente al Art. 44 del derogado código), en donde se expresan unos condicionamientos técnicos, requisitos habilitantes y se hace mención expresa a la interdicciones referidas en los Art 45 a 51 de la Ordenanza N ° 2015-899 del 23 de julio de 2015

relativa a los mercados públicos, en dicho contenido normativo se generan exclusiones de índole penal, laboral, fiscal; exclusiones que operan de manera general y en los siguientes artículos se trazan de manera particular para cada uno de los contratos, es decir cada tipo de contrato tiene un régimen de exclusiones propio adscrito al general de dicha ordenanza y que en todo caso debe considerar las Directrices de la UE.

### **Comparación Jurídica**

Los contratos estatales son una de las manifestaciones que la administración ha desarrollado en la UE y en América Latina para cumplir, con los particulares, los fines del Estado. Estos son determinantes para el desarrollo del Derecho Administrativo en sus fundamentos clásicos: servicio público, responsabilidad del Estado y ejercicio del poder administrativo. Así mismo, reivindican un modelo económico de planificación y de intervención del Estado en un espacio de libre mercado donde se encuentran productores y consumidores. Para el Derecho Administrativo comparado, el contrato administrativo es un acto bilateral de la administración que busca cumplir dos objetivos del Estado liberal: permitir a los particulares participar en el desarrollo de la administración y de la economía, y cumplir con los particulares los fines del Estado.

Un primer elemento diferenciador que incide en los regímenes de contratación analizados radica en la clasificación de contratos que los estados han definido y circunscrito dentro de la órbita de la contratación estatal; si bien España y Francia avanzan hacia una clasificación conjunta, en cumplimiento de las directrices de la UE, Colombia mantiene la clasificación que más que tipos de contratos ha establecido unas modalidades según el objeto o la cuantía.

La UE promueve la participación de cualquier empresa de la unión en la contratación de los países miembros y para ello se ha impulsado una suerte de estandarización de los términos utilizados que desde luego ha incidido en la clasificación y denominación de los contratos, sin pasar por alto que estas disposiciones de armonización son más profundas y todas están orientadas a facilitar la participación de los estados miembros y mismo tiempo que concentran la información y promueven la eficiencia de la gestión contractual como lo es la iniciativa del documento europeo único de contratación (DEUC) el cual certifica la situación financiera, la capacidad y la idoneidad de una empresa para concurrir a un procedimiento de contratación pública (por ejemplo, haber pagado los impuestos, tener capacidad financiera suficiente, no tener antecedentes penales, etc.).

El DEUC es obligatorio desde abril de 2016. Puede utilizarse en papel o, en algunos casos, como servicio electrónico (Union Europea, 2018); este documento en términos prácticos es una base de datos internacional que mediante una lista de chequeo da un aval para la participación en un proceso contractual, la estandarización es la clave como la UE a sistematizado el cumplimiento de los principales requisitos habilitantes en el proceso.

En Colombia esta sistematización se ha dado con el SECOP II cuya esencia es una plataforma transaccional donde interactúan los implicados en el proceso, aunque es una iniciativa loable se mantiene en a nivel de canal de comunicación no integra bases de datos, ni coteja los requisitos habilitantes señalados por la legislación colombiana.

Es necesario mirar hoy los contratos estatales a la luz de la regionalización del Derecho Administrativo: entre coordinación y armonización regional. En este espacio de múltiples

formas y velocidades jurídicas, la coordinación regional del Derecho Público comparado puede ser una respuesta adecuada para abordar la complejidad jurídica actual.

Es decir, ante la fragmentación del Derecho Público y la estandarización administrativa contemporánea se hace necesario pensar en una suerte de dispositivos teóricos y técnicos que permitan establecer un marco de orden y diálogo entre los actores del Derecho Público mundial, tanto a escala nacional, regional y mundial.

Precisamente, el derecho comparado remarca cómo la UE está construyendo un modelo de contrato estatal a partir de las directivas de la Comisión Europea en una lógica de coordinación/armonización de valores y principios jurídicos europeos para adaptar las dinámicas de libre mercado a los valores de sus Estados.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

### Conclusiones

Los regímenes jurídicos analizados (Comparativamente) convergen a postulados comunes y las escasas diferencias obedecen a la arquitectura propia que cada nación ha desarrollado para su gestión contractual, los principios de transparencia e igualdad se erigen como pilares fundamentales para que mediante las prohibiciones para contratar buscar una probidad en el la gestión contractual, probidad que se materializa con la exclusión de aquellos que por el registro de antecedentes o faltas a la administración pública deben apartarse el proceso contractual por su carencia de “ética”, sin dudas un aspecto que no puede ser considerado de menor talente pues la ética es un aspecto subjetivo propio de cada cultura y que en esa búsqueda de excelencia estándar de ética abre paso a muchos cuestionamientos.

Ahora bien existe una diferencia fundamental de especial trascendencia y es el espacio temporal en el que estas prohibiciones operan, para Francia y España son el mismo tiempo de la condena, algo muy similar a las penas accesorias colombianas, y si están no fueron fijadas se pueden fijar en un procedimiento aparte pero en todo caso desaparecen a los 5 años, siempre y cuando el fallo no exprese otra cantidad temporal, el derecho europeo distingue dos funciones diferentes en relación con la aplicación de las prohibiciones para contratar: la apreciación de la existencia de una prohibición por un lado y, del otro, la determinación de su duración y alcance.

Para el caso Colombiano a nivel constitucional tenemos una inhabilidad permanente (Art. 122 C.P.) es decir nuestro ordenamiento jurídico ha elevado a rango constitucional una disposición que formula inhabilidad permanente en el tiempo para cierto tipo de individuos.

Si bien las corrientes de derecho positivo y garantista presentan reparos a este tipo de determinaciones, la caducidad de las inhabilidades en estos países también genera críticas y a la fecha una u otra postura encuentra fuertes argumentos de uno u otro lado, al respecto se ha pronunciado el Observatorio de Contratación Pública español quien afirma categóricamente que en coherencia con las Directivas europeas que transpone, la LCSP española de 2017 erige la lucha contra la corrupción en uno de sus objetivos básicos, imponiendo expresamente a los órganos de contratación el deber de “tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción” (art. 64.1 LCSP). Tan solemnes declaraciones deberían suponer un punto de inflexión respecto de la aplicación. No hacerlo supondría, además, incumplir las obligaciones que para el Estado español derivan de las directivas europeas de contratos y concesiones públicas<sup>4</sup> y negar, en la práctica, la finalidad disuasoria que la jurisprudencia atribuye a las prohibiciones para contratar (Aymerich Cano, 2018).

Pero la realidad es que estos ordenamientos jurídicos posibilitan la reinserción de las personas que se han visto inmersas en estos actos de hecho tanto en Francia como en España se contempla el uso de medidas auto correctoras o de «self-cleaning», lo que permite presentar pruebas de que las medidas adoptadas por un oferente o contratista para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.

Del mismo modo, en la UE para los efectos de la declaración de la prohibición de contratar se pueden distinguir tres categorías: las prohibiciones que limitan sus efectos al ámbito del propio órgano de contratación, al sector público del ámbito territorial del órgano de contratación y, finalmente, al conjunto del sector público; es decir estamos ante un régimen de inhabilidades (Independiente del nombre que adopta en cada país) de aplicación diferencial que

permite una individualización de la sanción más ajustada a derecho y que en todo caso permite que el actor encuentre una rehabilitación de sus derechos y una verdadera reinserción social.

Aunque el Código Penal Español en el art. 41 señala que el alcance de ciertas penas produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce además la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. También se ha definido que ser contratista de un Ayuntamiento, como de cualquier otra Administración, no es ni supone ostentar un cargo ni empleo público; esta diferenciación resulta fundamental para promover la participación en la gestión contractual, algo que en Colombia se ha visto seriamente impactado dado el abuso que se ha dado de la figura de contratación por prestación de servicios de las entidades públicas.

Contrario a esto está la postura colombiana con sus inhabilidades permanentes las cuales si bien se han fundamentado en la necesaria probidad del servidor público han optado por el extremismo del populismo punitivo y han generado una brecha de exclusión para quienes registren ciertos antecedentes, pretender que la función pública alcanzara la perfección ética y moral mediante la gestión exclusiva de personas en ausencia de antecedentes es una medida cuestionables que de primer plano centra el postulado en un yerro pues desconoce la naturaleza humana que por definición es imperfecta y por el contrario tira al traste la rehabilitación, resocialización y readaptación que pregonan el poner sancionatorio del estado; no es de extrañar que los defensores de estas medidas respondan con la necesidad de mantener incólumes las consecuencias de estos injustos pero una revisión de la gestión contractual hace dudar que esta medida sea del todo efectiva, el régimen colombiano lucha contra la corrupción con la hipótesis

de que ciudadanos pródigos no son corruptibles o que lo son en menor medida o que son menos proclives a estas prácticas sin que esto sea necesariamente válido.

## **Recomendaciones**

Las semejanzas en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades pueden suponer que avanzamos por un camino eficiente en concordancia con el derecho internacional, pero que requiere como en todos los aspectos del derecho la correcta incorporación del componente cultural que nos define, las modalidades y tipos de contrato son un aspecto clave para el análisis de las necesidades y particularidades que cada uno entraña y al menos en la UE han permitido una estandarización y normalización de las condiciones que requieren con cierto grado de diferencialidad que aplicado en correcta forma es positivo.

Ahora bien en materia de inhabilidades derivadas de procedimientos penales estamos al mismo nivel del viejo continente, en parte por los tratados internacionales que así lo exigen, pero en materia de consecuencias por fallas e injustos fiscales y profesionales notamos cierto rezago nuestro régimen se muestra débil a la hora de exigir cumplimiento en gestión contractual, probidad en términos comerciales y suficiencia empresarial para afrontar la contratación con el estado, nos hemos conformado con exigir una probidad moral derivada de lo penal y faltamos a las exigencias propias del ejercicio contractual.

El debate sobre la pertinencia de las sanciones permanentes encuentra un nuevo punto de encuentro de quienes mantienen posturas más severas sobre los adeptos de la condición humana y la necesaria readaptación que sufre el ser humano; es plausible afirmar que el régimen colombiano requiere de un régimen con sanciones graduales y temporales encaminado a derrumbar las brechas y barreras que por años se han mantenido en el seno de sociedad y

comenzar a plantear la lucha contra la corrupción desde otros campos. La probidad de los funcionarios públicos no es garantizada por la ausencia de antecedentes sino por una cultura afianzada en valores, el valor disuasivo de estas medidas ha sido nulo y por el contrario ha fomentado prácticas disruptivas que socavan la tan pretendida probidad.

Mecanismos como la unificación de bases de datos, documentos de contratación únicos, pliegos tipo, acuerdos macro y demás son herramientas de estandarización y normalización de primer orden que refuerzan los principios de transparencia e igualdad pero que sin cambios profundos en la concepción de la gestión contractual serán inertes frente a las acciones que por años han permeado la contratación pública para responder a intereses particulares más que por los generales. La solución para esto es un régimen de inhabilidades con sanciones de amplio espectro, que permitan imponer estas exclusiones en atención a la gravedad de los injustos cometidos y que en todo caso responda a los principios de reinserción social de la ley penal.

## REFERENCIAS

- Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. (2016a). *Motivos, Proyecto de reforma a la normativa del sistema compra pública*. Recuperado de [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620motivos.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf)
- Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. (2016b). *Articulado, Proyecto de reforma a la normativa del sistema compra pública*. Recuperado de [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620articulado.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf).
- Aljure Echeverry José Manuel y Tibamoso Torres Mary Luz (2015). *La sanción disciplinaria de inhabilidad en el estado social de derecho: “Exceso De Poder”*. Universidad Libre De Colombia. Instituto de Posgrados. Maestría en Derecho Penal. Bogotá
- Barreto Moreno Antonio Alejandro. *Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios*. Universidad del Norte. Barranquilla. REVISTA DE DERECHO N° 47, Barranquilla, 2017 ISSN: 0121-8697 (impreso) ISSN: 2145-9355 (on line)
- Barreto, A. A. (2016). *Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el estatuto anticorrupción, en nuevas tendencias del derecho administrativo*. H. Alviar (coord.). Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes-Temis.
- Benavides, J. L. (2005). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. (2ª ed). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benjamín, H. (2004). *Contratos públicos*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrante, Alfredo (2016): Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 2
- Forero Salcedo José Rory (2003), *Principios y Garantías Constitucionales en el ámbito Disciplinario de los Servidores Estatales Ediciones Nueva Jurídica*. Páginas xxxiv, 42, 56, 57, 58, 59.
- Forero Salcedo José Rory (2010). *Fundamentos Constitucionales del Derecho Disciplinario en España y en Colombia*, Universidad Complutense de Madrid. Tesis Doctoral.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo (2005). *El Principio de Antijuridicidad Material*. Bogotá, Giro Editores.

Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, páginas 363 a 374.

Lando, Ole (1977): *L'apport du droit comparé à la réforme du droit mise en œuvre par la coopération internationale*, VVAA, Actes de la Quatrième Conférence européenne des facultés de droit. 6-8 octobre 1976 sur l'apport du droit comparé à l'enseignement, à la recherche et à la réforme du Droit (Strasbourg Consejo de Europa).

### **Legislación Nacional**

Constitución Política de Colombia. 1991

Ley 734 de 2002. “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. Publicado en el Diario Oficial 44699, del 5 de febrero de 2002.

Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Publicado en el Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

### **Legislación Internacional**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme a su artículo 74.2 y aprobada en Colombia mediante ley 16 de 1972.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpressa en los documentos básicos concernientes a los derechos humanos en el sistema interamericano, OEA /Ser.L.V/IL82 doc.6. rev.1.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia

### **Corte Constitucional**

Sentencia C-430 de 1996. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-070 de 1996. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-939 de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C-762 de 2009 Magistrado Ponente. Juan Carlos Henao Pérez

Sentencia C-242 de 2010. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-341 de 1996. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-373 de 2002. Magistrado Ponente. Jaime Córdova Triviño.

Sentencia T-161 de 2009. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo

### **Consejo de Estado**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2002, 31 de octubre). Sentencia 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518), C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (2011, 10 de febrero). Sentencia expediente: 16306, C.P. Hernán Andrade Rincón.

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

### **Corte Suprema de Justicia.**

Sentencia del 27 de febrero de 2001, Radicado 33.254, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**  
**FACULTAD POSTGRADO Y FORMACIÓN CONTINUADA**  
**RAI Resumen Analítico en Investigación**

**1. TÍTULO** (en mayúscula fija)

**COMPARACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES  
E INCOMPATIBILIDADES: EL CASO DE FRANCIA, ESPAÑA Y  
COLOMBIA**

**2. TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:**

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**3. AUTOR (ES)** (en mayúscula inicial)

**Jessica Lorena Carreño Arias**  
**lorenita.jess30@gmail.com**

**4. DIRECTOR, ASESOR, CODIRECTOR O TUTOR**

David García Vanegas.

**5. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

**DERECHO CONSTITUCIONAL, REFORMA A LA  
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y BLOQUE DE  
CONSTITUCIONALIDAD: CONSTITUCIÓN DE 1991 Y  
CONFLICTOS JURÍDICO EN COLOMBIA**

**6. PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES** (mínimo 5)

Régimen de inhabilidades en Colombia, normatividad de orden constitucional y legal, incapacidad, ineptitud o circunstancias que imposibilitan el ejercicio de funciones, moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de la función pública, mecanismo de protección del interés público, inhabilidad y su finalidad, norma preventiva, individuos con credibilidad moral o profesional en entredicho, inhabilidades e incompatibilidades frente a la contratación con personas naturales y jurídicas, limitaciones temporales y permanentes, *derecho comparado*

## 7. RESUMEN

El régimen de inhabilidades en Colombia opera como una normatividad de orden constitucional y legal que implica la incapacidad, ineptitud o circunstancias que imposibilitan el ejercicio de funciones tiene como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de la función pública. Para el caso colombiano este régimen ha sido utilizado como un mecanismo de protección del interés público, no tanto en la represión de la falta cometida.

En otras palabras, el hecho de que la inhabilidad se apoye sobre la sanción no desdibuja la finalidad de la misma, que es la de introducir una norma preventiva, de contenido prohibitivo, que impida que los cargos de manejo de la cosa pública queden en manos de individuos cuya credibilidad moral o profesional se encuentra en entredicho.

Sin embargo, existe la posibilidad que este tipo de inhabilidades e incompatibilidades regladas en el ordenamiento jurídico colombiano no solo sea un mecanismo de protección del interés público frente a la contratación con personas naturales, sino también de personas jurídicas que tengan dentro de su constitución como empresa relación o algún tipo de vínculo laboral, haciendo extensivos los efectos de la inhabilidad e incompatibilidad aplicada.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades inserto en la arquitectura legal colombiana es complejo, y mantiene serias críticas por la percepción de insuficiencia que se deriva de los casos de corrupción e inaplicación del mismo; si bien las causas son diversas todas apuntan a que la solución adoptada por el estado colombiano para garantizar la protección de la función pública se queda corta ante la dinámica social bajo la cual opera; limitaciones temporales y permanentes cuya finalidad no tiene vocación de prosperar, generan amplia incertidumbre sobre cómo debe abordarse el tema, para que por un lado se garantice efectivamente el interés general pero sin caer en populismos punitivos que sean una brecha para la reinserción social y terminen afectando la movilidad social de los colombianos. El régimen a analizar es jurídicamente necesario pero la forma como se ha

construido merece un análisis exhaustivo que permita reorientar la visión y alcances de este.

Por lo anterior expuesto, con el presente caso se pretende realizar una comparación jurídica enfocada en las inhabilidades e incompatibilidades que se encuentran en los ordenamientos jurídicos de diversos países, en medio de un ejercicio intelectual, es decir, como una fuente de conocimiento que pueda servir para replantear la forma como el Estado colombiano busca proteger el interés público, toda vez que al a fecha en el ordenamiento jurídico se tiene previsto que las inhabilidades recaigan sobre las personas naturales, pero no hay una norma o pronunciamiento claro frente a la situación de las personas jurídicas cuando en su conformación se encuentran vinculadas personas que tengan esta condición, lo cual genera un vacío normativo en este sentido.

En consecuencia, para realizar este estudio se hará uso de un concepto denominado *derecho comparado* el cual debe entenderse como un balance de los diferentes sistemas jurídicos cuyo fin es determinar las posibles similitudes y las notables diferencias, de acuerdo con el impacto y las implicaciones sociales que cada uno tiene, y se puede identificar de tres maneras:

- a) Como una comparación entre dos o más sistemas jurídicos.
- b) Como el estudio de un sistema jurídico extranjero sin hacer referencia explícita a un sistema jurídico concreto.
- c) Como utilización del derecho extranjero en la ilustración de los problemas, en la búsqueda de argumentos en casos concretos y en la propuesta de alternativas sobre todo en el caso de que una ley nacional reenvíe a una ley extranjera.

Este ejercicio de derecho comparado puede servir para articular conceptos y nociones que, en el caso colombiano solo vía jurisprudencial se han intentado abordar mas no concluir, en un mundo atravesado por el pluralismo jurídico que debería dejar de mirarse como un grupo de ordenamientos aislados los cuales se acoplan a los superiores, sino por el contrario integrar y modificar dichos ordenamiento robusteciendo así la normativa vigente y evitando se generen vacíos legales que puedan afectar ese “velar por el interés general” establecido en nuestra norma de normas, la Constitución.

La construcción normativa en Colombia es un proceso caótico, raras veces estructurado y lejos de ser armónico, en gran medida por el carácter político de la rama legislativa pero que ha configurado un ordenamiento jurídico complejo, en un tema tan controversial y de gran interés para la sociedad deben ahondarse los estudios que permitan argumentar y buscar consensos ante las distintas perspectivas que se generen. El uso del derecho comparado como herramienta de análisis argumentativo proporciona un cambio en el paradigma colombiano legal que ejemplifica. Si bien en el ámbito internacional las inhabilidades e incompatibilidades son declaradas y presentadas de forma diferente –Hasta nominalmente- los argumentos que las validan pueden ser aplicados a nuestra sociedad para evaluar y construir mecanismos similares fácilmente integrables con otros ordenamientos jurídicos lo que nos acerca a la noción de un derecho universal, que es lo que en ultimas la globalización requiere. Adicionalmente el derecho comparado no es una técnica desconocida para nuestra rama judicial, el más sonoro ejemplo fue la discusión del aborto bajo la cual la corte constitucional analizo 14 países y los argumentos que estos presentaron para adecuar su decisión y lograr consonancia con el cambio cultural que vive el mundo actual. Igual ejercicio se plantea para el tema contractual que lejos de estar

perfectamente definido y delimitado requiere revisión y evaluación por la génesis misma del régimen.