**CCE-DES-FM-17**

**REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades opera como un límite o restricción a la capacidad para presentar ofertas en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, que busca salvaguardar principios como la probidad y la transparencia en la actividad de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas.

[…]

Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las *incompatibilidades* son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

[…]

Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Concepto – Celebración – Requisitos – Límites**

El contrato de prestación de servicios profesionales es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que pueden celebrar las entidades estatales.

[…]

En tal sentido, se trata de un contrato típico, ya que se encuentra definido en la ley. Sus principales características son: i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano; ii) admite que se suscriba tanto con personas naturales, como con personas jurídicas. Sin embargo, cuando pretenda celebrarse con una persona natural, la entidad estatal debe justificar en los estudios previos que las actividades que buscan encomendarse a aquella «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados»; iii) si bien se celebra para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios profesionales debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no puede existir la *subordinación y dependencia* que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral; iv) debe ser temporal; v) hacen parte del género denominado *contratos de prestación de servicios*, dentro del cual también se ubican, como especies, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos; vi) su celebración debe realizarse a través de la modalidad de contratación directa; vii) para su celebración no se requiere la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa; viii) admite el pacto de cláusulas excepcionales; ix) en él no es obligatoria la liquidación; x) para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP); xi) en él no son necesarias las garantías.

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Celebración – Simultaneidad – Posibilidad – Ausencia – Inhabilidad e incompatibilidad**

Una vez analizado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, así como los requisitos y límites de los contratos de prestación de servicios profesionales, se concluye que no existe una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de otra naturaleza, para que una entidad estatal celebre dos o más contratos de prestación de servicios profesionales con una misma persona, así dichos contratos coexistan en el tiempo.

La anterior conclusión se apoya en la idea de que las inhabilidades e incompatibilidades, al ser limitaciones a la capacidad contractual y, por tanto, al afectar derechos como la libre concurrencia o la libertad de ejercicio de la profesión u oficio, es decir, al ser enunciados normativos gravosos, deben interpretarse restrictivamente; o sea, no admiten una interpretación amplia, extensiva o analógica. Y, precisamente, al leer las causales previstas en la Constitución, así como en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, no se observa una prohibición para que una misma persona natural preste sus servicios profesionales a una entidad, a través de contratos distintos y concomitantes.

Sin embargo, el hecho de que no haya una causal de inhabilidad o de incompatibilidad para que una persona celebre dos o más contratos de prestación de servicios profesionales con una entidad, no significa, necesariamente, que aquello se pueda. En otras palabras, es posible que no se cumplan los requisitos a los que se hizo referencia en el numeral 2.2. de este concepto, y que, por tanto, dicha concurrencia de contratos esté proscrita en un caso concreto.

Bogotá D.C., **24/02/2020 Hora 11:40:42s**

**N° Radicado: 2202013000001192**

Señora

**Angie Méndez Morales Morales**

Ciudad

**Concepto C ─ 090 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Principio de legalidad ― Interpretación restrictiva / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES ― Concepto ― Requisitos y límites para su celebración / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Celebración – Simultaneidad – Posibilidad – Ausencia – Inhabilidad e incompatibilidad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000000669 |

Estimada señora Angie Méndez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de enero de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: ¿puede alguien celebrar dos contratos de prestación de servicios profesionales, que coexistan, con la misma entidad territorial? Para explicar su pregunta, indica: «Ejemplo: suscribir contrato de prestación de servicios con la secretaria de prensa como profesional del 01 de febrero al 06 de junio de 2020 y otro contrato con la secretaria de gobierno como profesional del 3 de marzo al 3 de diciembre de 2020 del mismo departamento (sic)».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, en primer lugar, se explicarán las características del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, como límite a la capacidad para participar en procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales. De manera especial, se sustentará la idea de que la interpretación restrictiva es un criterio hermenéutico que debe aplicarse, al tratar de desentrañar el sentido de las disposiciones que integran dicho régimen. En segundo lugar, se analizará el concepto, así como los requisitos y límites del contrato de prestación de servicios profesionales. En tercer lugar, se abordará la cuestión de si una entidad estatal puede celebrar dos o más contratos de prestación de servicios profesionales con alguien y si dichos contratos pueden coexistir.

**2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos**

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[1]](#footnote-1) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[2]](#footnote-2). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012[[3]](#footnote-3)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[4]](#footnote-4).

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[5]](#footnote-5), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[6]](#footnote-6) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[7]](#footnote-7). De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado[[8]](#footnote-8).

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[9]](#footnote-9). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[10]](#footnote-10), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[11]](#footnote-11). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[12]](#footnote-12). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[13]](#footnote-13).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[14]](#footnote-14).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

**2.2. Contrato de prestación de servicios profesionales. Requisitos y límites para su celebración**

El contrato de prestación de servicios profesionales es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que pueden celebrar las entidades estatales. Se trata de un contrato típico, ya que se encuentra definido en la ley. Concretamente, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, establece:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

De otro lado, la celebración de dicho contrato se debe efectuar a través de la modalidad de la contratación directa. Así lo prevé el artículo 2, numeral 4º, literal h) de la Ley 1150 de 2007, que dispone:

[…]

Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

A partir de estos enunciados normativos, así como de otros, de carácter legal y reglamentario, que complementan su regulación, y de los pronunciamientos judiciales más destacados sobre el tema, es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios profesionales:

i) Solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba tanto con personas naturales, como con personas jurídicas. Sin embargo, cuando pretenda celebrarse con una persona natural, la entidad estatal debe justificar en los estudios previos que las actividades que buscan encomendarse a aquella «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Esto puede suceder en varios eventos, como, por ejemplo, que, efectivamente, no exista el personal de planta para encargarse de dichas labores; que exista, pero que está sobrecargado de trabajo, requiriéndose, por tanto, un apoyo externo; o que haya personal de planta, pero no tenga la experticia o conocimiento especializado en la materia, y que, por esta razón, sea necesario contratar los servicios de una persona natural que posea conocimiento y experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo[[15]](#footnote-15) en que quien celebra el contrato de prestación de servicios profesionales debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no puede existir la *subordinación y dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por ello el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales», inciso que más que un enunciado que aluda al «ser» se refiere al «deber ser», pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Ello por cuanto, según se indicó, en dichos contratos no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y es el contratista quien, como «trabajador independiente» –como lo califican las normas en materia de seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral[[16]](#footnote-16). Pero es posible que, a pesar de este mandato deontológico, en la práctica surja la relación laboral, pues, como se sabe, el contrato de trabajo es un *contrato realidad*, ya que para su perfeccionamiento rige el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades. Por ello, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada»[[17]](#footnote-17).

iv) Deben ser temporales. Así lo señaló la Corte Constitucional en la misma providencia a la que se aludió previamente, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[[18]](#footnote-18).

v) Los contratos de prestación de servicios profesionales hacen parte del género denominado *contratos de prestación de servicios*, dentro del cual también se ubican, como especies, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales[[19]](#footnote-19). La diferencia entre el contrato de prestación de servicios *profesionales* con las otras dos especies del género en el cual se ubican, radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al indicar, respecto del contrato de prestación de servicios profesionales, que:

Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectivo cualificado: el saber profesional[[20]](#footnote-20).

Objeto que, según la sentencia que se cita, se diferencia del objeto del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, porque en este:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectiva, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación[[21]](#footnote-21).

En relación con el contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, señala el mencionado fallo que:

Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocidas como realizador o productor de arte o trabajos artísticos[[22]](#footnote-22).

vi) Su celebración debe realizarse a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que este no ingrese dentro del objeto del contrato de consultoría, pues, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se hizo referencia, si bien en ambos existe un componente intelectual, profesional e intangible, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, precedido de un concurso de méritos[[23]](#footnote-23). Pero, tampoco puede suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para que el contratista ejecute labores que se enmarcan dentro de los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, para que el contratista de prestación de servicios construya una obra.

vii) Para su celebración no se requiere la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa[[24]](#footnote-24).

viii) Admiten el pacto de cláusulas excepcionales. Es decir, en los contratos de prestación de servicios profesionales se puede estipular la caducidad, así como la modificación, interpretación o terminación unilaterales, como elementos accidentales, o sea que para que puedan ejercerse dichas exorbitancias han debido quedar incluidas expresamente en el contrato, ya que no se entienden pactadas por naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993[[25]](#footnote-25).

ix) En ellos no es obligatoria la liquidación, pues así lo estableció el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-26).

x) Para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), según lo prevé el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[27]](#footnote-27).

xi) En ellos no son necesarias las garantías[[28]](#footnote-28).

Teniendo en cuenta las anteriores características del contrato de prestación de servicios profesionales, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, se abordará a continuación la inquietud formulada en la consulta.

**2.3. Posibilidad de celebrar dos contratos de prestación de servicios profesionales con la misma entidad, y que además coexistan**

Analizado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, así como los requisitos y límites de los contratos de prestación de servicios profesionales, se concluye que no existe una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de otra naturaleza para que una entidad estatal celebre dos o más contratos de prestación de servicios profesionales con una misma persona, así dichos contratos coexistan en el tiempo.

La anterior conclusión se apoya en la idea de que las inhabilidades e incompatibilidades, al ser limitaciones a la capacidad contractual, y por tanto al afectar derechos como la libre concurrencia o la libertad de ejercicio de la profesión u oficio, es decir, al ser enunciados normativos gravosos, deben interpretarse restrictivamente; o sea, no admiten una interpretación amplia, extensiva o analógica. Precisamente, al leer las causales previstas en la Constitución, así como en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, no se observa una prohibición para que una misma persona natural preste sus servicios profesionales a una entidad, a través de contratos distintos y concomitantes.

Sin embargo, el hecho de que no haya una causal de inhabilidad o de incompatibilidad no significa que siempre se pueda celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales. Para que ello sea viable, deben cumplirse los requisitos a los que se hizo referencia en el numeral 2.2. de este concepto, pues se recuerda que la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales con una persona natural es *excepcional*, ya que solo es admisible cuando las «actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados», lo cual debe justificarse satisfactoriamente en los estudios previos. Además, dicho contrato debe ser *temporal* y no puede servir para la creación de nóminas paralelas[[29]](#footnote-29).

Adicionalmente, las entidades estatales deben ser diligentes en el análisis de las condiciones de ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales, midiendo la complejidad y al alcance de las labores encomendadas al contratista, pues solo de esta manera pueden determinar razonablemente si el mismo contratista tiene la capacidad, no solo jurídica sino también técnica y económica, para celebrar otro contrato de prestación de servicios con la misma entidad, así sea en otra dependencia. Si tales factores no se tienen en cuenta, existe el riesgo de que el contratista termine incumpliendo sus obligaciones, por la sobrecarga de actividades.

1. **Respuestas**

¿Puede alguien celebrar dos contratos de prestación de servicios profesionales, que coexistan, con la misma entidad territorial? «Ejemplo: suscribir contrato de prestación de servicios con la secretaria de prensa como profesional del 01 de febrero al 06 de junio de 2020 y otro contrato con la secretaria de gobierno como profesional del 3 de marzo al 3 de diciembre de 2020 del mismo departamento (sic)».

No existe una causal de inhabilidad o incompatibilidad que lo prohíba. Sin embargo, las entidades estatales deben ser cuidadosas, en el sentido de verificar que se cumplan los requisitos legales, reglamentarios y jurisprudenciales, dispuestos para los contratos de prestación de servicios profesionales. Adicionalmente, deben analizar en los estudios previos la complejidad y el alcance de las actividades a contratar, de manera que se cercioren de que la persona natural con la cual se celebrarán ambos contratos tendrá la capacidad técnica, jurídica y económica para ejecutarlos satisfactoriamente.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz.

[…]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-2)
3. Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-3)
4. En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278). [↑](#footnote-ref-4)
5. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-5)
6. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-6)
7. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto].

 [↑](#footnote-ref-7)
8. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); «Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada» (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); «Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad» (art. 5, Ley 1474/11). [↑](#footnote-ref-8)
9. BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

»2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario». [↑](#footnote-ref-15)
16. En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: «Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

»Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

»El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[…]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibíd. [↑](#footnote-ref-18)
19. El Decreto 1082 de 2015 lo establece así: «Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

»Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

»La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan en­comendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibíd. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibíd. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibíd. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

»Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

»Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-23)
24. Así lo prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: «La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

»1. La causal que invoca para contratar directamente.

»2. El objeto del contrato.

»3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

»4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

»Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-24)
25. Esta norma expresa: «Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

»2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

»Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

[…]». [↑](#footnote-ref-25)
26. La norma dispone: «La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión». [↑](#footnote-ref-26)
27. Según dicho artículo «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[…]». [↑](#footnote-ref-27)
28. Es esto lo que establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1.del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-28)
29. Así lo ha reconocido la doctrina: «Por otra parte, la reglamentación de la prestación de servicios comprende una paleta normativa que busca limitar la tergiversación de este tipo de contratos en beneficio de las *nóminas paralelas*, como práctica de substitución de los empleos públicos por prestadores de servicios, y las sanciones disciplinarias por entregar a contratistas el ejercicio permanente de funciones administrativas, que implican ejercicio de prerrogativas de poder público, complementadas en la responsabilidad fiscal y personal de los funcionarios» (BENAVIDES, José Luis. Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad. En: Contratos público. Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. pp. 311-312). [↑](#footnote-ref-29)