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

Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan de: i) la existencia de comportamientos reprochables o sanciones anteriormente impuestas, ii) vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) 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.

Al ser las inhabilidades e incompatibilidades 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.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Doble connotación –Sanción y prevención**

En la aplicación del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, sobresale la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

**INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Servidores públicos**

El ordenamiento jurídico prohíbe que los servidores públicos participen en procesos de contratación con el Estado. Su fundamento se encuentra en el artículo 127 de la Constitución Política, al disponer que no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, contratos con el Estado, ni con entidades privadas que administren recursos públicos, salvo las excepciones legales, toda vez que el servidor público ostenta una calidad diferente a las demás personas naturales, debido a que tienen una relación directa con las funciones y competencias del Estado. Por su parte, el artículo 8, de la Ley 80 de 1993, acoge las prohibiciones constitucionales que recaen sobre los servidores públicos, y señala que no podrán participar en procesos de contratación ni celebrar contratos con las entidades del Estado.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Requisitos**

El contrato de prestación de servicios profesionales es uno de los tipos contractuales consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Se trata de un contrato típico, al estar definido en la ley, concretamente, en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 y ostenta las siguientes características: i) solo puede celebrarse para realizar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano; ii) admite que se suscriba tanto con personas naturales como jurídicas; iii) se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, pero se diferencia 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 pueden existir subordinación ni dependencia, elementos constitutivos del vínculo laboral; iv) es temporal; v) hacen parte del género denominado contratos de prestación de servicios; 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) 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; x) para su celebración no se requiere inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP); xi) no se requieren garantías.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Celebración – Simultaneidad –Ausencia de inhabilidad e incompatibilidad**

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, o para que una misma persona suscriba diferentes contratos de prestación de servicios con diferentes entidades para la misma época, siempre que no se ponga en riesgo la ejecución de los mismos o que la ley lo impida para una profesión específica o por intereses contrapuestos, en este último caso en aplicación de los principios de buenas fe y transparencia, principalmente.

A manera de ejemplo, conviene referirse a la prohibición prevista en el literal a) del artículo 44 de la Ley 842 de 2003, según el cual: «Los profesionales que hayan actuado como asesores de la parte contratante en un concurso o licitación deberán abstenerse de intervenir directa o indirectamente en las tareas profesionales requeridas para el desarrollo del trabajo que dio lugar al mismo, salvo que su intervención estuviese establecida en las bases del concurso o licitación». En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 configura una inhabilidad para quien suscriba contratos de interventoría después de celebrar previamente uno de obra.



CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., 2 de julio de 2021

Señora

**Yuli Neira Rojas**

Arauca

 **Concepto C – 321 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Doble connotación –sanción y prevención / INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Servidores públicos / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Requisitos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Celebración – Simultaneidad –Ausencia de inhabilidad e incompatibilidad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210518004285 |

Estimada señora Neira Rojas:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de mayo de 2021.

**1. Problemas planteados**

Respecto a las inhabilidades e incompatibilidades del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para participar en procedimientos de selección, usted realiza las siguientes preguntas: i) «[…] ¿hasta dónde debe entenderse la participación de licitaciones o concursos?, dicha excepción se predica exclusivamente a los proponentes, o también al personal que desempeñará funciones para la ejecución del mismo», ii) «¿Podría un personal contratado por prestación de servicios en una Entidad Pública, presentar su hoja de vida como personal evaluable dentro de la misma Entidad o en otra entidad Pública distinta en un proceso de selección público?», iii) «¿Podría un servidor público, presentar su hoja de vida para la ejecución de un proyecto con una Entidad Pública, si una vez se adjudique el contrato esta renuncia al cargo público con el fin de ejecutar el proyecto?» y iv) «La inhabilidad que refiere el artículo 8 de la ley 80 de 1993, se entiende para exclusivamente el proponente, o también cobija al personal que se presenta para la ejecución del proyecto?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y ii) alcance de las prohibiciones reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual; además de ello, ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Dicho estudio se puede apreciar en los conceptos con radicados No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−402 del 26 de junio de 2020, C−365 del 30 de junio de 2020, C−386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C–592 del 14 de septiembre de 2020, C−551 de 24 de septiembre de 2020, C−709 del 7 de diciembre de 2020, C–721 de 14 de diciembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C–815 del 18 de febrero de 2021, C–047 del 8 de marzo de 2021, C–113 del 30 de marzo de 2021, C–122 del 30 de marzo de 2021, C–178 del 28 de abril de 2021, entre otros. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se retoman a continuación:

**2.1.** **Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado**

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»[[2]](#footnote-2).

La consagración limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado:

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

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado[[3]](#footnote-3).

Así las cosas, las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo 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 [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado[[4]](#footnote-4).

Además, la Corte Constitucional explica que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República a la luz del artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[5]](#footnote-5).

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[6]](#footnote-6).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

**2.2. Alcance del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal**

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[[7]](#footnote-7) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[8]](#footnote-8). 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–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[9]](#footnote-9).

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. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual, como se desarrolló en el numeral 2.1. de este concepto. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos[[10]](#footnote-10).

De otro lado, 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, obras 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. Por ello, como destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente una naturaleza sancionatoria o «neopunitiva»[[11]](#footnote-11). 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 al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[12]](#footnote-12), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían 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 seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

En este contexto, cuando los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 disponen que no podrán «[…] participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva […]» las personas citadas en cada uno de los literales, significa que por regla general el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplica a quienes concurran en los procedimientos de selección para suscribir contractos estatales. Por ello, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario en la causal aplicable al caso concreto, el artículo 8 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública excluye el personal operativo de la persona natural o jurídica que participe en el procedimiento contractual o celebre el contrato.

Ni la planta de personal ni los prestadores de servicios del proponente o contratista participan en el procedimiento de selección o en la suscripción del contrato, pues –en principio– aquellos solo realizan tareas operativas para su ejecución. Por tanto, responden principalmente ante la persona de derecho privado que los contrate, puesto que no tienen una relación directa con la entidad pública. No obstante, una de las excepciones a la regla general es el caso de los representantes legales, a quienes les aplican –entre otras– las restricciones del artículo 8, literales h), j) y k) del numeral 1, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Otras causales de inhabilidad e incompatibilidad, por su parte, aplican a los socios de las personas jurídicas con independencia de que intervengan o no en el cumplimiento de las obligaciones. Además de las citadas anteriormente, este es el caso de prohibición del artículo 8, literal i) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993. Por ello, conforme a lo explicado *ut supra*, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley.

Tratándose de servidores públicos, siempre que no exista conflicto de interés, el Departamento Administrativo de la Función Pública explica que estos pueden celebrar contratos laborales con privados que no manejen recursos públicos e, incluso, percibir honorarios en contratos de prestación de servicios con particulares. Respecto a este último punto, considera que no existe vulneración del artículo 128 de la Constitución Política de 1991, pues el supuesto no corresponde a una doble asignación del erario; además, agrega que el desarrollo de las actividades propias fuera del horario laboral es compatible con el ejercicio del cargo, pues tampoco vulneraría el art 34.11 de la Ley 734 de 2002. En este sentido:

[…] la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado, en ese sentido, se colige que el trabajador oficial no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

De otra parte, en el caso que se traten de servicios que se presten en el sector privado, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, para que un servidor público perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado por fuera de la jornada de trabajo[[13]](#footnote-13).

 Por ello, con excepciones como la incompatibilidad prevista para los abogados en el artículo 29.1 de la Ley 1123 de 2007 y demás que prevea el ordenamiento en sentido similar, no existe impedimento para que un servidor público preste servicios de manera particular o en empresas del sector privado, lo anterior salvo que la actividad privada se adelante en asuntos que le generen conflicto de interés con la función pública que ejerce[[14]](#footnote-14). Con una argumentación similar, mientras no se incurra en la prohibición del artículo 127 superior, también considera que «[…] no existe impedimento para que un servidor público celebre un contrato laboral con una entidad privada que no maneje recursos públicos, siempre y cuando no preste a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad pública donde labora, ni preste servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado»[[15]](#footnote-15).

 De esta manera, aunque los servidores públicos pueden ejecutar contratos de prestación de servicios o formar parte de una relación laboral con particulares, estos están sujetos a las sanciones disciplinarias por el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. Por ejemplo, la Ley 734 de 2002 prohíbe «Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros; en asuntos que estuvieron a su cargo» –art. 35.25–, por lo que «[…] deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho » –art. 40, inc.1–. Lo importante es que la prohibición de gestionar intereses privados no cesa al renunciar al cargo, pues –conforme al artículo 35.22 del Código Disciplinario Único– a todo servidor público le está prohibido:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.

Tratándose de contratistas de entidades públicas, la Agencia –a través de los Conceptos C-047 del 18 de enero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020 y C-106 del 7 de abril de 2021– explica que no existe prohibición para celebrar varios contratos de prestación de servicios con las autoridades del Estado. Por tanto, si el contratista no está en causal de inhabilidad o incompatibilidad con las entidades públicas en las condiciones explicadas, mucho menos vulnera estas restricciones cuando suscribe contratos de prestación de servicios con particulares.

En estos casos es necesario tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, el contrato de prestación de servicios con la entidad estatal puede contener –como elemento accidental– una cláusula de exclusividad. En virtud de este acuerdo, una de las partes de un contrato se obliga respecto a la otra a realizar, de manera exclusiva, las prestaciones objeto de este. En este sentido, si por ejemplo en un contrato de prestación de servicios se pacta una cláusula de exclusividad a favor de la entidad, el contratista se estaría obligando –so pena de incumplimiento– a no celebrar contratos de la misma naturaleza con otras personas de derecho público o privado.

Por otra parte, aunque el contrato suscrito con la entidad contenga o no la cláusula mencionada en el párrafo precedente, es necesario considerar que –de acuerdo a las remisiones de los artículo 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993– el artículo 1603 del Código Civil dispone que «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella». Dado que la buena fe supone evitar conflictos de interés que perjudiquen a la entidad contratante, la violación de este principio también implica un incumplimiento contractual[[16]](#footnote-16).

Finalmente, tratándose de particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, es necesario tener en cuenta que estos son sujetos disciplinables conforme al artículo 53 de la Ley 734 de 2002. En esta medida, conforme al régimen especial del Código Disciplinario Único, están sometidos a las sanciones que deriven de la violación de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, o de la comisión de faltas imputables a los mismos.

En resumen, para efectos del tema consultado, la entidad pública debe verificar en cada caso concreto que el personal del proponente o contratista no esté incurso en inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley. Sin embargo, además de estas restricciones, los servidores públicos y contratistas del Estado que desarrollen actividades en el sector privado deben ponderar el riesgo contractual y disciplinario conforme a la explicación precedente. Esto en la medida que la existencia de conflictos de interés no solo viola el principio de buena fe, sino que también deriva en la tipicidad de conductas sancionadas por el Código Disciplinario Único. Por tanto, las tareas que se adelanten en desarrollo de un contrato privado no pueden generar conflicto ni interferir con la función pública.

**3. Respuestas**

i) Respecto a las inhabilidades e incompatividades del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para parcipar en procedimientos de selección: «[…] ¿hasta dónde debe entenderse la participación de licitaciones o concursos?, dicha excepción se predica exclusivamente a los proponentes, o también al personal que desempeñará funciones para la ejecución del mismo».

iv) «La inhabilidad que refiere el artículo 8 de la ley 80 de 1993, se entiende para exclusivamente el proponente, o también cobija al personal que se presenta para la ejecución del proyecto?».

Cuando los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 disponen que no podrán «[…] participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva […]» las personas citadas en cada uno de los literales, significa que por regla general el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplica a quienes concurran en los procedimientos de selección para suscribir contractos estatales. Por ello, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario en la causal aplicable al caso concreto, el artículo 8 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública excluye el personal operativo de la persona natural o jurídica que participe en el procedimiento contractual o celebre el contrato.

 Ni la planta de personal ni los prestadores de servicios del proponente o contratista participan en el procedimiento de selección o en la suscripción del contrato, pues –en principio– aquellos solo realizan tareas operativas para su ejecución. Por tanto, responden principalmente ante la persona de derecho privado que los contrate, puesto que no tienen una relación directa con la entidad pública. No obstante, una de las excepciones a la regla general es el caso de los representantes legales, a quienes les aplican –entre otras– las restricciones del artículo 8, literales h), j) y k) del numeral 1, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Otras causales de inhabilidad e incompatibilidad, por su parte, aplican a los socios de las personas jurídicas con independencia que intervengan o no en el cumplimiento de las obligaciones. Además de las citadas anteriormente, este es el caso de prohibición del artículo 8, literal i) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993. Por ello, conforme a lo explicado *ut supra*, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley.

ii) «¿Podría un personal contratado por prestación de servicios en una Entidad Pública, presentar su hoja de vida como personal evaluable dentro de la misma Entidad o en otra entidad Pública distinta en un proceso de selección público?».

Tratándose de contratistas de entidades públicas, la Agencia –en los Conceptos C-047 del 18 de enero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020 y C-106 del 7 de abril de 2021– explica que no existe prohibición para celebrar varios contratos de prestación de servicios con las autoridades del Estado. Por tanto, si el contratista no está en causal de inhabilidad o incompatibilidad con las entidades públicas en las condiciones explicadas, mucho menos vulnera estas restricciones cuando suscribe contratos de prestación de servicios con particulares.

 No obstante, en caso de que estos contratistas también desarrollen actividades en el sector privado, no pueden incurrir en violación de cláusulas de exclusividad ni en la vulneración del principio de buena fe so pena de incumplimiento. Incluso, tratándose de particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, es necesario tener en cuenta que –conforme al régimen especial del Código Disciplinario Único– están sometidos a las sanciones que deriven de la violación de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, o de la comisión de faltas imputables a los mismos.

iii) «¿Podría un servidor público, presentar su hoja de vida para la ejecución de un proyecto con una Entidad Pública, si una vez se adjudique el contrato esta renuncia al cargo público con el fin de ejecutar el proyecto?».

Aunque el Departamento Administrativo de la Función Pública explica que los servidores públicos pueden celebrar contratos laborales con privados que no manejen recursos públicos e, incluso, percibir honorarios en contratos de prestación de servicios con particulares, es necesario tener en cuenta que –además de la restricción del artículo 127 superior– constituye falta disciplinaria la ejecución de la conducta prohibida en el artículo 35.22 del Código Disciplinario Único. De esta manera, las tareas que se adelanten en desarrollo de un contrato privado no pueden generar conflicto ni interferir con la función pública.

 Lo importante es que esta prohibición de gestionar intereses privados no cesa al renunciar al cargo, pues no podrán «Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado». Incluso, agrega que «Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones».

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alfredo Benavides ZarateContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David MontoyaGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 80 de 1993: «Artículo 6. De la capacidad para contratar. 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-7)
8. Código Civil: «Artículo 1502. Requisitos para obligarse. 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-8)
9. 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-9)
10. En esta línea Dávila Vinueza Expresa: «El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevenido podrían sugerir ideas diferentes y en consecuencia, efectos también distintos. Sin embargo, se trata de conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas. En nada afecta el calificar una causal con denominación diferente a la empleada en el texto legal, cuando mucho se criticará la falta de precisión. Ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se general para una y otra son exactamente los mismos. Incluso se podría afirmar que ante la semejanza de las figuras, conviene emplear un único vocablo, con lo cual serían innecesarias los intentos y las elucubraciones y explicaciones, algunas novedosas que podrían ensayarse. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148). [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. Ibídem. p. 69. [↑](#footnote-ref-12)
13. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 189901 del 8 de septiembre de 2016. Consultado el 28 de junio de 2021 en la página <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77003#:~:text=%2D%20Nadie%20podr%C3%A1%20desempe%C3%B1ar%20simult%C3%A1neamente%20m%C3%A1s,expresamente%20determinados%20por%20la%20ley>. [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 29.1 de la Ley 1123 de 2007 dispone que no pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos, «Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

»Parágrafo. Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley». [↑](#footnote-ref-14)
15. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 147941 del 13 de julio de 2016. Consultado el 28 de junio de 2021 en la página <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74033#:~:text=%2D%20Nadie%20podr%C3%A1%20desempe%C3%B1ar%20simult%C3%A1neamente%20m%C3%A1s,expresamente%20determinados%20por%20la%20ley>. [↑](#footnote-ref-15)
16. Para la jurisprudencia, «La expresión "buena fé" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fé) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente». Por el contrario, «[…] obra de mala fé quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fé. El hombre de buena fé trata del obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre» (Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea. Publicada en la Gaceta Judicial Nº LXXXVIII. p. 233). [↑](#footnote-ref-16)