**DECRETO 092 de 2017 – Prohibiciones − inhabilidades e incompatibilidades**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención**

[…] la Corte Constitucional en jurisprudencia citada a su vez por el Consejo de Estado, se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este 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»12; 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.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Cargos – Dirección – Manejo**

De acuerdo con la norma transcrita, algunas personas jurídicas no podrán celebrar contratos con la entidad a la que pertenezca un servidor público que: i) ostente un cargo en el nivel directivo, asesor, ejecutivo o que sea miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante; y que, simultáneamente, ii) dicho servidor público tenga participación en esas personas jurídicas o desempeñe un cargo de dirección o manejo.

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, en cuanto a los destinatarios de la norma objeto de análisis, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones; así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada; las demás sociedades de personas; y a las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas. En relación con el primer grupo, esto es −corporaciones, asociaciones y fundaciones−, estas son clases de entidades sin ánimo de lucro, que para efectos de la causal objeto de análisis, bastará con identificar en su acto de constitución, si se crearon con esta naturaleza. Ahora bien, respecto de las fundaciones, se precisa que, estas se encuentran constituidas por un conjunto de bienes destinados a perseguir uno o varios fines específicos. De esta forma, dichos fines deben reunir además determinados requisitos, que consisten en ser posibles, es decir, susceptibles de ser alcanzados; lícitos, permitidos por la ley; determinados, sin que ofrezcan dudas o ambigüedades o imprecisión; de interés público. Es así como, en desarrollo de un acto creador de voluntad y sobre la base de un patrimonio propio, cumplen fines de utilidad general, artísticos, científicos, literarios o sociales.

En relación con el sujeto que por sus condiciones o calidades ocasiona la configuración de la causal objeto de estudio −sujeto generador−, este se trata del servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o que sea miembro de la junta o consejo directivo; al igual que el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos. En relación con estos sujetos se predica una condición consistente en que «[…] tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» en la persona jurídica –entre ellas, como se explicó, las fundaciones–. Teniendo en cuenta el objeto de la consulta, es pertinente referirse a dos conceptos que integran las condiciones que constituyen esta causal, esto es, los cargos de dirección y manejo de las personas jurídicas que se verían afectadas por la prohibición para celebrar contratos con el Estado.



Bogotá D.C., 16 Septiembre 2022

Señor

**Ricardo Corredor**

Ciudad

**Concepto C – 582 de 2022**

 **Temas:** DECRETO 092 de 2017 – Prohibiciones − inhabilidades e incompatibilidades / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Cargos – Dirección – Manejo

**Radicación:** Respuesta a consulta P20220805007753

Estimado señor Corredor:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de agosto 2022, remitida por competencia a esta entidad el 4 de agosto de 2022 mediante el oficio 20222040285191 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿quisiera saber si una persona es servidora pública y es la representante legal de una fundación sin ánimo de lucro puede contratar con el estado (sic) bajo el régimen del Decreto 092 de 2017?».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en el Decreto 092 de 2017, ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, y iii) el alcance de la causal del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, respecto de los representantes legales de las fundaciones.

**2.1 Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en el Decreto 092 de 2017**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-1). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[2]](#footnote-2).

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

 En relación con el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 6 del Decreto en comento, señaló que, «[l]as prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto». De modo que la regla es clara: las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública −EGCAP−, o que se encuentren en la Constitución o en leyes especiales tienen aplicación a las contrataciones que realicen las entidades estatales con las entidades sin ánimo de lucro bajo el régimen previsto en el Decreto 092 de 2017.

 De esta forma, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 constituye una regla de remisión expresa a la Constitución política y las normas generales de la contratación pública para regular los aspectos de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, no reglamentadas en dicha disposición. De modo que, para resolver el problema jurídico planteado en su petición de consulta, en primer lugar, se debe consultar la disposición contenida en el artículo 6 del Decreto 092 de 2017, que remite a las normas generales de contratación pública que regulan las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Así, los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 80 de 1993 le resultan aplicables a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, bajo el régimen del Decreto 092 de 2017, al igual que el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, los artículos. 1°, 2°, 3°, 4°, entre otros, de la Ley 1474 de 2011, y las demás disposiciones aplicables en la materia[[3]](#footnote-3).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consulta indaga sobre si ¿una persona que es servidora pública y es representante legal de una fundación sin ánimo de lucro, en relación con el Decreto 092 de 2017, puede contratar con el Estado? En el siguiente acápite se estudiará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, con especial atención al literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

**2.2 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó desde una perspectiva general el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*–, sus efectos en la capacidad contractual y la reserva de ley, entre otros, en los conceptos C– 011 del 14 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022 y C–570 del 13 de septiembre de 2022. Las tesis expuestas en aquellas oportunidades se reiteran en lo pertinente y se complementan con algunas ideas relacionadas con la consulta objeto de análisis.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de 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. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o «neopunitivo»[[4]](#footnote-4). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, 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 y su interpretación debe ser *restrictiva[[5]](#footnote-5)*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, 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»[[6]](#footnote-6). Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido 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»[[7]](#footnote-7). 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[[8]](#footnote-8)

En el mismo sentido ha expuesto 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.); […][[9]](#footnote-9).

De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[10]](#footnote-10) citada a su vez por el Consejo de Estado[[11]](#footnote-11), se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este 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»12; 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.

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. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al 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)[[12]](#footnote-12).

De igual forma, conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos 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 punición por indignidad política –pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[13]](#footnote-13).

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–. A su turno, 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– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

Al margen de la clasificación mencionada, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma 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.

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, «[…] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos»[[14]](#footnote-14). En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas […]»[[15]](#footnote-15). En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.

**2.3 Alcance de la causal del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, respecto de los representantes legales de las fundaciones**

Como se analizó anteriormente, la Ley 80 de 1993, en el artículo 8, regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades estatales. Pero esta no es la única norma en el ordenamiento jurídico que establece estas causales. En efecto, la Constitución Política, la Ley 1474 de 2011, entre otras disposiciones, contienen situaciones que, de configurarse, impiden a determinados sujetos la presentación de ofertas en los procedimientos de selección o la celebración de contratos estatales, incluidos los celebrados bajo el régimen del Decreto 092 de 2017, como se analizó anteriormente.

Considerando la restricción que consagra el numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, conviene recordar que si bien es cierto que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades entrañan una restricción, concretamente las incompatibilidades, de acuerdo con algunos antecedentes jurisprudenciales, se erigen en virtud del cargo, las funciones o las responsabilidades que se desempeñan y que pueden llegar a afectar la futura contratación, en ese sentido, el alto tribunal constitucional ha precisado que:

[…] las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado[[16]](#footnote-16).

Con el referido propósito, el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, señala:

Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

[…]
2o. *Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva*:

[…]

d) 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*.

De acuerdo con la norma transcrita, algunas personas jurídicas no podrán celebrar contratos con la entidad a la que pertenezca un servidor público que: i) ostente un cargo en el nivel directivo, asesor, ejecutivo o que sea miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante; y que, simultáneamente, ii) dicho servidor público tenga participación en esas personas jurídicas o desempeñe un cargo de dirección o manejo.

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, en cuanto a los destinatarios de la norma objeto de análisis, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones; así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada; las demás sociedades de personas; y a las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas. En relación con el primer grupo, esto es −corporaciones, asociaciones y fundaciones−, estas son clases de entidades sin ánimo de lucro, que para efectos de la causal objeto de análisis, bastará con identificar en su acto de constitución, si se crearon con esta naturaleza[[17]](#footnote-17). Ahora bien, respecto de las fundaciones, se precisa que, estas se encuentran constituidas por un conjunto de bienes destinados a perseguir uno o varios fines específicos. De esta forma, dichos fines deben reunir además determinados requisitos, que consisten en ser posibles, es decir, susceptibles de ser alcanzados; lícitos, permitidos por la ley; determinados, sin que ofrezcan dudas o ambigüedades o imprecisión; de interés público. Es así como, en desarrollo de un acto creador de voluntad y sobre la base de un patrimonio propio, cumplen fines de utilidad general, artísticos, científicos, literarios o sociales[[18]](#footnote-18).

En relación con el sujeto que por sus condiciones o calidades ocasiona la configuración de la causal objeto de estudio −sujeto generador−, este se trata del servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o que sea miembro de la junta o consejo directivo; al igual que el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos. En relación con estos sujetos se predica una condición consistente en que «[…] tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» en la persona jurídica –entre ellas, como se explicó, las fundaciones–. Teniendo en cuenta el objeto de la consulta, es pertinente referirse a dos conceptos que integran las condiciones que constituyen esta causal, esto es, los cargos de dirección y manejo de las personas jurídicas que se verían afectadas por la prohibición para celebrar contratos con el Estado.

En relación los cargos de dirección y manejo, el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que que los trabajadores de dirección, confianza y manejo hace referencia a los representantes del empleador, como directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono[[19]](#footnote-19). Así, estas actividades están ceñidas a personas naturales que pueden tener injerencia en las decisiones que se tomen en las personas jurídicas en donde estas desarrollan sus funciones.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que: «[s]on administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones». En relación con la consulta, resulta pertinente referirse al representante legal en las fundaciones, ya que es a través de los representantes legales que las personas jurídicas pueden manifestar su voluntad en obligarse, emitir actos jurídicos o celebrar contratos. De esta forma, la representación legal es un elemento esencial para materializar la capacidad de la persona jurídica como un atributo de la personalidad.

Conforme con lo anterior, en las fundaciones, la representación legal es la forma mediante la cual se manifiesta su voluntad, que es expresada a través de una persona natural −representante legal−, quien ejercita actos de representación y administración. En relación con las funciones del representante legal, el numeral 6 del artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, dispone que en los estatutos de estas se debe definir «[l]a forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal». En tal virtud, los administradores entre los que se incluye el representante legal están sometidos a las facultades que les fueron otorgadas por los estatutos.

Finalmente, resulta necesario tener en cuenta una salvedad frente a la restricción que se ha estudiado, consagrada en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, precisando que no se aplicará la limitación prevista en el literal d) del ordinal 2 del artículo ibídem a las «[…] corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades […] cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo», entendiendo que los intereses que representaría el servidor público no serían particulares sino propios de la entidad a la que pertenece.

**3. Respuestas**

¿quisiera saber si una persona es servidora pública y es la representante legal de una fundación sin ánimo de lucro puede contratar con el estado bajo el régimen del Decreto 092 de 2017?

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, en primer lugar, resulta relevante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993 y otras leyes especiales– resulta aplicable a los contratos de que trata el Decreto 092 de 2017, en virtud del artículo 6 de este reglamento.

 Ahora bien, en relación con la prohibición para celebrar contratos con el Estado prevista en el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[20]](#footnote-20), que se relaciona con la pregunta del peticionario, se tiene que algunas personas jurídicas no podrán celebrar contratos con la entidad a la que pertenezca un servidor público que: i) ostente un cargo en el nivel directivo, asesor, ejecutivo o que sea miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante; y que, simultáneamente, ii) dicho servidor público tenga participación en esas personas jurídicas señaladas en la prohibición o desempeñe un cargo de dirección o manejo en ellas.

En cuanto a los destinatarios de la norma objeto de análisis, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones; así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada; las demás sociedades de personas; y a las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas. En relación con el primer grupo –esto es, corporaciones, asociaciones y fundaciones−, estas son clases de entidades sin ánimo de lucro, que para efectos de la causal objeto de análisis, bastará con identificar en su acto de constitución, si se crearon con esta naturaleza.

Ahora bien, en relación con el sujeto que por sus condiciones o calidades ocasiona la configuración de la causal −sujeto generador−, este se trata del servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o que sea miembro de la junta o consejo directivo en la entidad pública; al igual que el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos. En relación con estos sujetos se predica una condición consistente en que «[…] tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» en la persona jurídica –entre ellas, como se explicó, las fundaciones–. Teniendo en cuenta el objeto de la consulta, es pertinente referirse a dos conceptos que integran las condiciones que constituyen esta causal, esto es, los cargos de dirección y manejo de las personas jurídicas que se verían afectadas por la prohibición para celebrar contratos con el Estado.

 En relación los cargos de dirección y manejo, el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que que los trabajadores de dirección, confianza y manejo hace referencia a los representantes del empleador, como directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono. Así, estas actividades están ceñidas a personas naturales que pueden tener injerencia en las decisiones que se tomen en las personas jurídicas en donde estas desarrollan sus funciones.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que: «[s]on administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones». En relación con la consulta, resulta pertinente referirse al representante legal en las fundaciones, ya que es a través de los representantes legales que las personas jurídicas pueden manifestar su voluntad en obligarse, emitir actos jurídicos o celebrar contratos. De esta forma, la representación legal es un elemento esencial para materializar la capacidad de la persona jurídica como un atributo de la personalidad.

Conforme con lo anterior, en las fundaciones, la representación legal es la forma mediante la cual la fundación manifiesta su voluntad, que es expresada a través de una persona natural −representante legal−, quien ejercita actos de representación y administración. En relación con las funciones del representante legal, el numeral 6 del artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, dispone que en los estatutos de estas se debe definir «[l]a forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal». En tal virtud, los administradores, entre los que se incluye el representante legal, están sometidos a las facultades que les fueron otorgadas por los estatutos.

De lo anterior se puede concluir que la prohibición para celebrar contratos con el Estado prevista en el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, aplica frente a la fundación, cuyo representante legal es, a su vez, servidor público, siempre y cuando se trate de un servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o miembro de la junta o consejo directivo[[21]](#footnote-21). Además, la prohibición para celebrar contratos solo aplicaría frente a la entidad de la que es servidor público el representante legal de la fundación.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E)  |

1. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

»Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto véase: PALACIO GÓMEZ, Aura Sofía. Análisis práctico de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro: estudio de los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del decreto 092 de 2017. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–. [www.ceda.com.co](http://www.ceda.com.co). Disponible en el siguiente enlace: <https://691d8d24-5f3d-4e4e-9ab7-e65ef6f9769b.filesusr.com/ugd/b8f180_172dcea3212f42cebde66c8d158b98ca.pdf> [↑](#footnote-ref-3)
4. BARRETO MORENO, 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-4)
5. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149). [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia C-181 de 1997, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-16)
17. RINCÓN RODRÍGUEZ, Mitchelle. Causal del numeral 2, literal d), del artículo 8 de la ley 80 de 1993: traslado de la causal a diversas personas jurídicas. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–. [www.ceda.com.co](http://www.ceda.com.co). Disponible en: <https://www.ceda.com.co/_files/ugd/f56758_64a7d22c97c84fbaa68180705da9efb5.pdf>. [↑](#footnote-ref-17)
18. PEÑA NOSSA, Lisandro Antonio Alejandro. De las Sociedades Comerciales. Bogotá: Octava Edición. Eco Ediciones, Universidad del Rosario. pp. 11. [↑](#footnote-ref-18)
19. Código Sustantivo del Trabajo: «Artículo 32: Son representantes del [empleador] y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

»a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del [empleador];

»b) Los intermediarios». [↑](#footnote-ref-19)
20. «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

[…]
»2o. *Tampoco podrán* participar en licitaciones ni *celebrar contratos estatales con la entidad respectiva*:

[…]

»d) 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»*. (Cursiva y subraya fuera del original). [↑](#footnote-ref-20)
21. En efecto, trascribiendo lo relevante de la norma citada se llegaría a lo siguiente: «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

[…]
»2o. *Tampoco podrán* […] *celebrar contratos estatales con la entidad respectiva*:

[…]

»d) Las […] *fundaciones* […] *en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo*, […] *tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo».* (Cursiva y subraya fuera del original). [↑](#footnote-ref-21)