# COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales

Debe tenerse 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 concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

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. 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, según corresponda.

# INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual

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” . 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.

# CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad

[ … ] 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 como en el de las entidades exceptuadas de aquel. 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.

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, según un sector de la doctrina, 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.

# INHABILIDADES – Servidores públicos – Artículo 8 – Numeral 1 – Literal f) – Alcance

Por interesar a la presente consulta, en cuanto hace a la primera parte de la norma en cita, relacionada con la configuración de una prohibición contractual dirigida a las servidores públicos para celebrar por sí misma o por interpuesta persona contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, la cual tiene concreto desarrollo en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es claro que se constituye en una  *inhabilidad-requisito* al tener lugar, no ya como producto de la comisión previa de una falta o delito que es declarada por una autoridad administrativa o judicial, sino por una condición objetiva que recae en la persona por virtud del desempeño de un cargo público.

En este orden, a partir del concepto P4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, esta Agencia dejó en claro sobre esta causal de inhabilidad que se trata concretamente de una prohibición para que los servidores públicos participen en cualquier fase del proceso de contratación con el Estado (etapa precontractual, selección, ejecución y /o liquidación), salvo las excepciones legales. Ello, porque un servidor público ostenta una calidad por completo diferente a las demás personas naturales, comoquiera que tienen una relación directa con las funciones y competencias estatales.

Bogotá D.C., 09 Octubre 2023

Señor **Daniel Duarte** ddaniel118@hotmail.com

Barrancabermeja, Santander

**Concepto C-415 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva –  Contratación Estatal – Normas Generales / INHABILIDADES ‒  Definición – Finalidad – Limitación – capacidad contractual /  CONTRATACIÓN ESTATAL ‒ Capacidad ‒ Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad / INHABILIDAD ─ Servidores públicos ‒ Artículo 8 ‒  Numeral 1 ‒ Literal f) ‒ Alcance |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230829014627 |

Estimado señor Duarte:

En virtud de la competencia conferida 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 a su consulta del 29 de agosto de 2023.

# Problema planteado

En el respectivo escrito, usted solicita sea emitido concepto jurídico en el que se aclare “ ( … ) si la inhabilidad contenida en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 80 de 1993 en relación a que no pueden celebrar contratos estatales quienes tengan la calidad de servidores públicos aplica solamente para aquellos funcionarios de los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional, y exceptúa a los funcionarios de otros niveles (asistencial, técnico y trabajadores oficiales) o si esta aplica para todos los servidores públicos sin distinción de su nivel y su tipo de contratación y/o vinculación con el Estado”*.*

# Consideraciones

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto-Ley 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 este 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 intervenga 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. Esto, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. 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/o disciplinarias, según corresponda.

Bajo este entendido , la Subdirección -dentro del límite de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier caso particular que pueda llegar a proponer el peticionario- resolverá la presente consulta de acuerdo con el alcance general de las normas en materia de contratación estatal. Con tal propósito, analizará los siguientes temas: *( i)* el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; ( *ii)* los límites de la capacidad contractual en relación con la reserva de ley y la interpretación restrictiva de estas disposiciones; y *(* *iii)* el alcance de la inhabilidad prevista en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para los servidores públicos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en los Conceptos 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-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-639 del 27 de octubre del 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020 C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio del 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022, C-252 del 30 de mayo de 2022, C-619 del 27 de septiembre de 2022, C-175 del 4 de mayo de 2023 y C-234 del 5 de julio de 2023, analizó los contornos y principales características del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal[[2]](#footnote-2) . La tesis y argumentos en ellos expuestos se reiteran, precisan y complementan a continuación.

## El 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 para, por su conducto, garantizar 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”[[3]](#footnote-3).

La consagración de limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla fundamentalmente los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, en especial el de moralidad. Sobre este particular, el Consejo de Estado reconoce en su jurisprudencia que:

“ ( … ) [d]e 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”[[4]](#footnote-4).

Así las cosas, las inhabilidades resultan ser 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. A este respecto, la Corte Constitucional no ha dudado en señalar 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”[[5]](#footnote-5).

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, no sin antes recalcar 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)”[[6]](#footnote-6).

A su turno, conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos, a saber: *(i)* inhabilidades-sanción e *( 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[[7]](#footnote-7).

Verbigracia, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1º 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 numeral 1º de la norma en cita 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.

Con todo, 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 otras razones, 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.

Igualmente, 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 -EGCAP- 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 20129 –, 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)[[10]](#footnote-10)[[11]](#footnote-11)0.

Las inhabilidades, entonces, 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[[12]](#footnote-12)

. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, 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. En esa medida, la presencia de aquellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales: de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos12.

Por 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 bajo los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, especialmente la probidad y transparencia. Por ello, como destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, configurándose como una herramienta de naturaleza sancionatoria o “neopunitiva ” 13 , pues si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son resultado de una medida de reproche o de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes el fenómeno de la corrupción ha generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones

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); “ 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).

1. 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).
2. 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.

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 en la Constitución -esto es, deben satisfacer el principio de legalidad- y su interpretación debe ser *restrictiva[[13]](#footnote-13) ,* ya que 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, poniéndose en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal postura ha sido la línea hermenéutica general trazada en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, que “ [ … ] 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 ”[[14]](#footnote-14) . Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando – como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil – , que “ [l]a 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”[[15]](#footnote-15)[[16]](#footnote-16). En tal sentido, la Sección Tercera ha concluido lo siguiente:

“ [ … ] 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”[[17]](#footnote-17)[[18]](#footnote-18).

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.); […]”[[19]](#footnote-19)[[20]](#footnote-20).

Visto lo anterior, 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. Por lo demás, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha indicado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado es del legislador, pues, como ya se advirtió en líneas anteriores, 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[[21]](#footnote-21).

No en vano, la doctrina y la jurisprudencia en la materia han coincidido en señalar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, debido a que “[ …] 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” [[22]](#footnote-22) . Particularmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha dejado en claro 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 [ …] ”[[23]](#footnote-23) . Así las cosas, existe consenso generalizado en cuanto a que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

## El alcance de la inhabilidad para participar en licitaciones y celebrar contratos con las entidades estatales prevista en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano contempla específicas disposiciones para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública *.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos consagra restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral. Su tenor literal es el siguiente:

“ Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”.

Por interesar a la presente consulta, en cuanto hace a la primera parte de la norma en cita, relacionada con la configuración de una prohibición contractual dirigida a las servidores públicos para celebrar por sí misma o por interpuesta persona contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, la cual tiene concreto desarrollo en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es claro que se constituye en una *inhabilidad-requisito* al tener lugar, no ya como producto de la comisión previa de una falta o delito que es declarada por una autoridad administrativa o judicial, sino por una condición objetiva que recae en la persona por virtud del desempeño de un cargo público.

En este orden, a partir del concepto P4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, esta Agencia dejó en claro sobre esta causal de inhabilidad que se trata concretamente de una prohibición para que los servidores públicos participen en cualquier fase del proceso de contratación con el Estado (etapa precontractual, selección, ejecución y /o liquidación), salvo las excepciones legales. Ello, porque un servidor público ostenta una calidad por completo diferente a las demás personas naturales, comoquiera que tienen una relación directa con las funciones y competencias estatales.

Lo anterior, amparada en la Sentencia C-194 de 1995[[24]](#footnote-24) de la Corte Constitucional, en la que se enfatizó en el hecho de que tal tipo de prohibiciones a los servidores públicos no lesiona en modo alguno el principio de igualdad, pues la restricción que opera con base en el artículo 127 constitucional encuentra principio de razón suficiente en el cargo que se desempeña, es decir, “ con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen ”[[25]](#footnote-25) . Dicho de otro modo: se trata de impedir que se confunda el interés privado, directo o indirecto, con los intereses públicos, y así evitar la influencia inherente a la función pública para derivar cualquier tipo de provecho en nombre propio o ajeno.

Es así como la prohibición dirigida a los servidores públicos para contratar con el Estado se extiende tanto a la participación del respectivo servidor en el proceso de selección como a la celebración y ejecución del contrato, excepto cuando la propia ley disponga de algún fenómeno exceptivo. Precisamente, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente que no quedarán cobijadas por la inhabilidades e incompatibilidades las personas que: *(i)* contraten por obligación legal; *(ii)* lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten; *(iii)* sean entidades sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario; y/o *(iv)* adquieran la propiedad accionaria del Estado.

Por obligación legal se entiende toda manifestación de la voluntad soberana del Estado dirigida a ordenar, permitir o prohibir acciones de sus gobernados[[26]](#footnote-26) , razón por la cual su cumplimiento no se puede condicionar a que una persona -natural o jurídica- se encuentre inhabilitada para celebrar contratos. Verbigracia, aquellos eventos en los que un propietario debe enajenar al Estado un inmueble, so pena de ser expropiado en los casos previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley 9 de 1989.

De otra parte, la excepción consistente en celebrar contratos para usar bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, significa que los bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de igualdad, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos domiciliarios o los servicios hospitalarios, pueden ser adquiridos por personas que se encuentran inhabilitados en relación con otros contratos. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 11001-03-06-000-2012-00060-00 (2.113) del 25 de octubre de 2012, expresó que la aplicación de esta excepción exige que se reúnan dos elementos: la uniformidad en las condiciones contractuales y la posibilidad de acceso al contrato a todo el que lo solicite[[27]](#footnote-27).

Ahora, en cuanto a la excepción de adquirir propiedad accionaria del Estado, esta encuentra su fundamento en lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, el cual establece que cuando el Estado enajene la participación de una de sus empresas, deberá ofrecerla a sus trabajadores y crear condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria[[28]](#footnote-28).

En este punto, igualmente, dada la inquietud que origina el presente concepto, es menester señalar que el artículo 123 de la Constitución Política dispone expresamente que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Estos se caracterizan porque sus actividades son consideradas, indistintamente del cargo que ejerzan, funciones públicas, al estar dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos radicados en cabeza del Estado. En otras palabras, la noción de “ función pública ” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Bajo esta consideración, por ejemplo, hacen parte de las corporaciones públicas los integrantes del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Municipal o Distritales y de las Juntas Administradoras Locales. Son, entonces, servidores públicos, los senadores y representantes a la cámara, los diputados, los

concejales y los ediles.aplicación de la excepción exige que se reúnan al menos dos elementos: “ La uniformidad en las condiciones contractuales, esto es que el contrato no sea objeto de negociación, en tanto que es igual

Los empleados públicos deben ser nombrados por la Administración para ingresar y estandarizado para el público en general (…)”.

al servicio. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Por regla general, son trabajadores oficiales quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, del nivel nacional y territorial, y en las sociedades de economía mixta con predominio del capital oficial en un porcentaje delimitado.

Incluso, conviene aclarar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas o funciones públicas judiciales.

Por tal motivo, en plena correspondencia con el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos, a título propio o por interpuesta persona, no pueden contratar ni participar en procesos de contratación con el Estado, salvo para aquellos contratos que explícitamente establezca la ley. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, bajo el radicado número 867del 20 de agosto de 1996[[29]](#footnote-29) , puntualizó desde entonces que a los servidores públicos, mientras desempeñen funciones para el Estado y con las únicas excepciones que de manera espec í fica señala la ley, les está prohibido participar en licitaciones y celebrar contratos con el Estado para así evitar mezclar sus intereses con la actividad económica estatal.

# Respuesta

“ ( … ) si la inhabilidad contenida en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 80 de 1993 en relación a que no pueden celebrar contratos estatales quienes tengan la calidad de servidores públicos aplica solamente para aquellos funcionarios de los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional, y exceptúa a los funcionarios de otros niveles (asistencial, técnico y trabajadores oficiales) o si esta aplica para todos los servidores públicos sin distinción de su nivel y su tipo de contratación y/o vinculación con el Estado”*.*

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- solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías, ni para pronunciarse sobre asuntos particulares, mucho menos para brindar directrices especiales sobre restricciones aplicables a los servidores públicos en materia de contratación estatal.

Sin embargo, en línea con las precisiones normativas previamente realizadas, conviene señalar que, según lo previsto en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 , los servidores públicos, a título propio o por interpuesta persona, no pueden contratar ni participar en procesos de contratación con el Estado, salvo para aquellos contratos que explícitamente establezca la ley. Estos, al amparo del artículo 123 Superior, son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Por ejemplo, en cuanto hace a los trabajadores oficiales, aquellos también son considerados servidores públicos, pues, según lo previsto en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 “[ p]or el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales ” , son las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y su vinculación se da por medio de contrato de trabajo. Por ende, le es aplicable la inhabilidad prevista en el literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Recuérdese que las inhabilidades son consideradas restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas -carácter prohibitivo- que son taxativas, es decir, debe constar expresamente en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su interpretación analógica ni extensiva.

Dentro de este marco general, corresponderá a la entidad contratante definir si en una hipotética situación se configura alguna prohibición para celebrar contratos con el Estado, bien sea derivada del literal f) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o de otras expresamente previstas por el ordenamiento jurídico . Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que habrá de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró:

Diego Andrés Zambrano Pérez

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó:

Juan David Cárdenas Cabeza

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó:

Nohelia del Carmen

Zawady

Palacio

Subdirectora de Gestión Contractual

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 pública del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el objetivo de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3º *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de la entidad. Concretamente, el numeral 5º del citado 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 ”* . A su turno, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* indica que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: *“[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013.

   Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibidem. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#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: [↑](#footnote-ref-8)
9. o.) 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-9)
10. Decreto Ley 19 de 2012: “Artículo 221. El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

    Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. 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-10)
11. 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-11)
12. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: “Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibidem. p. 69. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. [↑](#footnote-ref-15)
16. . C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp . [↑](#footnote-ref-17)
18. .635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. [↑](#footnote-ref-19)
20. .057. C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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-22)
23. 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-23)
24. Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibidem. [↑](#footnote-ref-25)
26. Código Civil, artículos 4 y 1494. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 11001-03-06-000-2012-00060- 00(2.113) del 25 de octubre de 2012. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina: “ Ahora, en el caso de los bienes y servicios ofrecidos por el Estado en condiciones comunes a quienes los soliciten, la aplicación de la excepción exige que se reúnan al menos dos elementos: “ La uniformidad en las condiciones contractuales, esto es que el contrato no sea objeto de negociación, en tanto que es igual y estandarizado para el público en general (…)”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Constitución Política, artículo 60: “ El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad (…”. [↑](#footnote-ref-28)
29. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. [↑](#footnote-ref-29)