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

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

[…]

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

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 1, literal f) – Servidor Público – Recae en persona natural – No en persona jurídica**

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se configura inhabilidad para contratar con una entidad determinada en quienes tengan la condición de servidor público.

Dicha restricción a la capacidad para contratar con el Estado es concordante con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se señala que 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 y, de otro lado, el artículo 128 ibidem, que señala que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga mayor parte el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley, aquella consagrada en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 no se extiende a las personas jurídicas que sean integradas por socios, accionistas o asociados que tengan la calidad de servidores públicos.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 2, literal A) – Exservidor público – Niveles directivo, asesor o ejecutivo - Elemento temporal (1) un año**

Los literales a) y f) prohíben a las entidades públicas contratar, para la primera, con i) miembros de la junta o consejo directivo o ii) servidores públicos, en cualquiera de sus clasificaciones, sean estos miembros de corporaciones públicas, sean empleados y/o trabajadores del Estado y/o de sus entidades descentralizadas territorialmente y/o por servicios, que hubiesen ejercido funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, en los que su vinculación hubiere terminado dentro del año inmediatamente anterior en la entidad contratante.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 2, literal F) – Contratación directa e indirecta – Exservidor público – Cargo Directivo – Elemento temporal (2) dos años – Sociedades**

Para la segunda, dicha prohibición recae en exservidores públicos que hubiesen ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales dichos exservidores púbicos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, dentro de los (2) dos años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el contrato que pretenden suscribir (sea el exservidor público persona natural o sea la sociedad en la que estos hagan parte o estén vinculados a la persona jurídica) establezcan por objeto contractual uno que tenga relación directa con el sector al cual prestó sus servicios. Según el inciso segundo del literal f), dicha incompatibilidad opera para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del exempleado público.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplica parientes - No aplica en sociedades SAS**

[…] No obstante, el planteamiento del demandante que gira en torno a las sociedades anónimas por acciones, por sus características esenciales, empujaron a que la Corte considerara inviable la restricción e incluso inaplicable, porque se hace imposible tener control sobre los accionistas que pudieran acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Interfaz de usuario gráfica, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Señora

**Hillary Yohanna Rodriguez Martínez**

Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina,

Isla de San Andrés

**Concepto C-651 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 1, literal f) – Servidor Público – Recae en persona natural – No en persona jurídica / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 2, literal A) – Exservidor público – Niveles directivo, asesor o ejecutivo - Elemento temporal (1) un año – INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ley 80 de 1993 – Numeral 2, literal F) – Contratación directa e indirecta – Exservidor público – Cargo Directivo – Elemento temporal (2) dos años – Sociedades / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplica parientes - No aplica en sociedades SAS |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20240923009734 |

Estimada señora, Rodriguez Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 23 de septiembre de 2024, en la cual consulta lo siguiente:

*“Sírvase a responder, si*

*1) la inhabilidad de que trata el literal f) del artículo 8 de la ley 80 de 1993 (servidores públicos) cobija también a personas jurídicas?*

*2) Las personas jurídicas caben dentro de la definición de "servidores públicos"?*

*3) Si se trata de una sociedad por acciones simplificadas, [¿]debe entenderse que esta está inhabilitada para contratar con el Estado si uno de los socios es servidor público? es decir, [¿]la inhabilidad de los socios se extiende también a la S.A.S?:”* [SIC]*.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problema planteado:**

De conformidad con el concepto de “servidor público” o “funcionario público” en la función administrativa, ¿Cuál es el alcance de la inhabilidad consagrada en el literal f) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993?

¿Es inhábil para contratar con el Estado la sociedad por acciones simplificada por el hecho de que uno de los socios que la integra tenga la condición de servidor público?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| En primer lugar, los términos “funcionario público” o “servidor público” son utilizados por la norma como denominación general para las personas que desempeñan cargos en entidades del Estado, entrando así a diferenciar las categorías en las que se dividen, como lo son los trabajadores oficiales y los empleados públicos. En ese sentido, el concepto recae únicamente en *personas* entendidas estas como individuos de la especie humana, según la definición de la RAE, sin que exista la posibilidad de subsumir a las personas jurídicas dentro de la categoría de “funcionario público” o “servidor público”.  Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se configura inhabilidad para contratar con una entidad determinada en quienes tengan la condición de servidor público.  Dicha restricción a la capacidad para contratar con el Estado es concordante con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se señala que 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 y, de otro lado, el artículo 128 ibidem, que señala que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga mayor parte el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.  En consecuencia, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley, aquella consagrada en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 no se extiende a las personas jurídicas que sean integradas por socios, accionistas o asociados que tengan la calidad de servidores públicos.  Sin embargo, el Estatuto General consagra en el numeral 2 del artículo 8 las incompatibilidades aplicables en varios supuestos, dentro de los cuales se encuentra el literal d) que señala la restricción para contratar por parte de 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.  En ese orden, la incompatibilidad dispuesta en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 si aplica para las personas jurídicas integradas por servidores públicos, pero bajo los supuestos expresamente señalados. Es decir, que el servidor público i) ejerza un cargo del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o ii) sea miembro de la junta o consejo directivo, o iii) sea compañero o compañera permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, iv) tenga participación o v) desempeñe cargos de dirección o manejo.  Por otro lado, de conformidad con el literal f) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, se configura incompatibilidad de manera directa en las personas naturales que ejercieron cargos del nivel directivo en entidades del Estado, y, de manera indirecta, en las sociedades a las que se encuentren vinculados dichos exservidores públicos, a cualquier título. La restricción a la capacidad contractual que deviene de esta causal aplica solo respecto de objetos contractuales que se desarrollen o tengan relación con el sector al cual el ex funcionario del nivel directivo prestó sus servicios y se extenderá durante los dos años siguientes a su retiro.  Adicionalmente, por expresa disposición del literal f) del artículo 8, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, esta incompatibilidad también se extiende a las personas naturales que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del exempleado público. Esto significa que personas con dicho tipo de vínculos con el exfuncionario del nivel directivo, tampoco podrán celebrar contratos estatales con objetos relacionados el sector donde este haya trabajado, hasta pasados dos años de su retiro del servicio.  Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de la configuración por la vía indirecta, de conformidad con el alcance material delimitado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013, la incompatibilidad *“no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos”*. Esto excluye, por ejemplo, la configuración de la incompatibilidad respecto de las sociedades anónimas en las que sea accionista el exservidor público del nivel directivo.  En todo caso, corresponde a la entidad estatal contratante determinar en cada caso concreto si se cumplen o no los supuestos de hecho y condiciones que dan lugar a la configuración de las referidas incompatibilidades. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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”[[1]](#footnote-1). 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[[2]](#footnote-2)*. 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”[[3]](#footnote-3). 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”[[4]](#footnote-4). 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”[[5]](#footnote-5).

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.); […]”[[6]](#footnote-6).

De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[7]](#footnote-7) citada a su vez por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), 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)”[[9]](#footnote-9).

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 de funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.

Con relación al objeto de la consulta, sobre si la inhabilidad consagrada en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 aplica en las personas jurídicas que estén integradas por socios, accionistas o asociados que tengan la calidad de servidores públicos, y si las personas jurídicas caben dentro de la definición de “servidores públicos”, es necesario hacer varias precisiones.

En primer lugar, la Constitución Política de Colombia de 1991 establece en el artículo 123 que son servidores públicos i) los miembros de las corporaciones públicas, ii) los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado desarrollo el concepto de “funcionario” en Sentencia del 26 de junio de 2018, en los siguientes términos:

“El Constituyente Primario utilizó de forma general el concepto de “servidor público” para comprender a todas las **personas naturales** que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales. Para referirse a ellos en forma genérica la Carta también emplea la expresión “funcionarios”, tal como se evidencia en los artículos 118, 125, 135, 178, 179, 180, 189, 201, 208, 214, 235, 249, 253, 255, 256, 257, 260, 268, 277, 278, 279, 292, 300, 313, 315 y 354.”

En ese orden, los términos “funcionario público” o “servidor público” son utilizados por la norma como denominación general para las personas que desempeñan cargos en entidades del Estado, entrando así a diferenciar las categorías en las que se dividen, como lo son los trabajadores oficiales y los empleados públicos. En ese sentido, el concepto recae únicamente en *personas* entendidas estas como individuos de la especie humana[[10]](#footnote-10), según la definición de la RAE, sin que exista la posibilidad de subsumir a las personas jurídicas dentro de la categoría de “funcionario público” o “servidor público”.

Por otro lado, la causal de inhabilidad a la que usted hace referencia en la petición, contemplada en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es aquella que recae en la persona que detente la condición de servidor público, de manera que se restringe su capacidad jurídica por el simple hecho de serlo. El fundamento constitucional de la institución de dicha causal de inhabilidad incorporada en el Estatuto General se encuentra en el artículo 127 superior, la cual establece que 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 y, de otro lado, el artículo 128 ibidem, que señala que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga mayor parte el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Ante lo dicho, es posible concluir que, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley, aquella consagrada en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 no se extiende a las personas jurídicas que sean integradas por socios, accionistas o asociados que tengan la calidad de servidores públicos.

No obstante, en consideración a su consulta, vale la pena destacar el concepto de lo que se ha entendido jurisprudencialmente por incompatibilidad, para determinar si el supuesto expuesto en la petición se subsume dentro de alguna de las causales de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado expresó que dicha figura consiste: “[…] en la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea, taxativamente señaladas en la Constitución o en la ley, de modo que para el caso de los servidores públicos se traduce en la prohibición de desempeñar o ejercer otros cargos o realizar otras actividades distintas a las que corresponde a las funciones del cargo de que son titulares […]”[[11]](#footnote-11).

Así mismo, la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que: *“[…] [l]as incompatibilidades son todas aquellas actuaciones que le está prohibido realizar al funcionario durante el desempeño del cargo o con posterioridad, so pena de quedar sometido al régimen disciplinario correspondiente[…]”*[[12]](#footnote-12)En la misma línea, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-903 del 6 de diciembre de 2008, fue enfática en manifestar que:“[…] 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[…]”[[13]](#footnote-13) (Destacado fuera de texto).

Ahora bien, en materia de contratación estatal, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP establece en el artículo 8 numeral 2 las causales de incompatibilidades, como los supuestos del literal a) y f) a los que usted hace referencia en las preguntas formuladas. Los literales a) y f) prohíben a las entidades públicas contratar, para el primer literal, con i) miembros de la junta o consejo directivo o ii) **servidores públicos**, en cualquiera de sus clasificaciones, sean estos miembros de corporaciones públicas, sean empleados y/o trabajadores del Estado y/o de sus entidades descentralizadas territorialmente y/o por servicios, **que hubiesen ejercido funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, en los que su vinculación hubiere terminado dentro del año inmediatamente anterior en la entidad contratante**.

Para la segunda, dicha prohibición recae en **exservidores públicos** que hubiesen ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales dichos exservidores púbicos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, dentro de los (2) dos años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el contrato que pretenden suscribir (sea el exservidor público persona natural o sea la sociedad en la que estos hagan parte o estén vinculados a la persona jurídica) establezcan por objeto contractual uno que tenga relación directa con el sector al cual prestó sus servicios. Según el inciso segundo del literal f), dicha incompatibilidad opera para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del exempleado público.

Ante ese contexto, es claro que, para que se configuren las incompatibilidades, tanto del literal a), como la consagrada en el literal f), se antoja necesario el cumplimiento de todos los supuestos descritos en la norma. En otras palabras, en virtud de la aplicación restrictiva de las incompatibilidades, es menester que se presenten los elementos tanto materiales como temporales que exige dicha disposición.

Veamos a qué se hace referencia con los elementos materiales y temporales de las incompatibilidades en estudio: Para el caso de la incompatibilidad del literal a) los elementos materiales son: i) que el exservidor público hubiese integrado, sea una junta o consejo directivo o hubiese estado vinculado laboralmente como servidor público de la entidad contratante y; ii) que las funciones que hubiese desempeñado dicho exfuncionario sean del nivel directivo, asesor o ejecutivo. De otro lado, el elemento temporal es i) que su retiro se hubiese presentado dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de celebración del presunto contrato por celebrar. De tal forma que, para que se predique la configuración de la incompatibilidad referida, será necesario que, se presenten tanto los elementos materiales como elemento temporal. A falta de alguno de ellos, no habría configuración de dicha causal.

Respecto de la incompatibilidad del literal b), los elementos materiales son: i) que la contratación pretendida sea directa (el exservidor público persona natural) o sea indirecta (la sociedad en la que el exservidor público haga parte o esté vinculado a cualquier título en dicha sociedad/persona jurídica), ii) que los cargos desempeñados correspondan al nivel directivo en entidades del Estado y iii) que el contrato pretendido tenga por objeto el desarrollo de actividades que tengan relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Por otra parte, el elemento temporal es i) que su retiro se hubiese presentado dentro de los dos (2) años inmediatamente anteriores a la fecha de celebración del presunto contrato por celebrar. Igualmente, para que se predique la configuración de la incompatibilidad referida, será necesario que, se presenten tanto los elementos materiales como elemento temporal. A falta de alguno de ellos, no habría configuración de dicha causal.

Dichas prohibiciones pretenden, entre otros aspectos, evitar que personas que ostentaron cargos a los que alude la norma, saquen ventaja o provecho de dicha situación respecto de los demás participantes, o que puedan ejercer influencia en la celebración del contrato, violando los principios de igualdad, objetividad, moralidad y transparencia, los cuales justifican la limitación en el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos e incluso, para el caso de la causal contenida en el literal f), restricciones a personas que tengan grados de consanguinidad afinidad o civil con el exservidor público.

En cualquier caso, la incompatibilidad del literal f) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 fue examinada y reiterada su constitucionalidad, mediante la Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013[[14]](#footnote-14), la cual resolvió demanda de inconstitucionalidad en contra del del inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, siendo esta última la disposición que incorporó dicha causal en el Estatuto General. En la demanda, el ciudadano planteó argumentos orientados a que se declarara su inconstitucionalidad por cuanto consideraba que dicha norma i) violaba el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia, en razón a que impedía a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; ii) manifestaba que la medida no es idónea dado que ya existían otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; iii) además, señaló que la restricción era excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública con el Estado es la fuente de su subsistencia.

Como elemento destacable del pronunciamiento del alto tribunal, y de cara a que en el supuesto planteado se trata de una sociedad por acciones simplificada, se resalta el planteamiento del demandante según el cual, al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la incompatibilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implicaría que se afectaran a empresas que hubieran realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas. Además, dicha restricción resultaba desproporcionada, según se dijo, por cuanto no tiene en cuenta los casos en los que pueden resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

El pronunciamiento de la Corte reiteró que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. Producto de ello son las medidas legislativas que se han adoptado como parte esencial de una política pública que tiene como propósito esencial el de erradicar y prevenir no solo posibles actos corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del Estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Para la Corte Constitucional dicha política pública:

“[…] responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos -puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.” [SIC].

No obstante, el planteamiento del demandante que gira en torno a las sociedades anónimas por acciones, por sus características esenciales, empujaron a que la Corte inaplique la restricción respecto de estas, porque se hace imposible tener control sobre los accionistas que pudieran acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de exservidor público. Esta situación per se no implicó que la norma demandada fuese declarada inconstitucional ni alimentó la necesidad de que la Corte profiriera una sentencia condicionada, sino que fijó el alcance material de la proposición normativa. Al respecto manifestó la Corte:

“No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar,  directa o indirectamente, a quienes  hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes,  y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma  señala que la inhabilidad se aplica  en relación con aquellos servidores públicos que  desempeñaron funciones de dirección para  evitar  que puedan utilizarlos vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos – o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección,  precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

*Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad  de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo  pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por  su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que  la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es  de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.*

*Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el  artículo 4 de la ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993,  no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.*

Esta hipótesis  es distinta, se aclara,  a la del ex servidor público que tiene la condición de directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó”. [Énfasis fuera de texto]

De acuerdo con el análisis realizado por la Corte respecto del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó el literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la referida incompatibilidad no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos. Al respecto, si bien la referida sentencia no dispuso una decisión de exequibilidad condicionada, si estableció una delimitación del ámbito material de la incompatibilidad, excluyendo la configuración de la incompatibilidad por la vía indirecta, cuando el tipo de la sociedad a la que se encuentra vinculado el funcionario es uno de aquello en los que la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo, como, por ejemplo, en las sociedades anónimas. Sin embargo, aclaró que dicha hipótesis resulta distinta a la del exservidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó, declarándose así la constitucionalidad del enunciado normativo

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política, artículo 14, 123, 127, 128 y 150. * Ley 80 de 1993, artículo 8, numeral 1, literal f); numeral 2, literales a) y f). * Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. * Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. * Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2013. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. * Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. * Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). * 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. * Corte Constitucional, sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. * Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. * Consejo de Estado, Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, consejera ponente Rocío Araújo Oñate. * 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. |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pronunció esta Subdirección en los conceptos No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−402 del 26 de junio de 2020, C−365 del 30 de junio de 2020, C−386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C–592 del 14 de septiembre de 2020, C−551 de 24 de septiembre de 2020, C−709 del 7 de diciembre de 2020, C–721 de 14 de diciembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C–815 del 18 de febrero de 2021, C–047 del 8 de marzo de 2021, C–113 del 30 de marzo de 2021, C–122 del 30 de marzo de 2021, C–178 del 28 de abril de 2021, C−190 del 30 de abril de 2021, C−210 del 12 de mayo de 2021, C−275 del 11 de junio de 2021, C−293 del 28 de junio de 2021, C−321 del 2 de julio de 2021, C−410 del 7 de julio de 2021, C−491 del 14 de septiembre de 2021, C−522 del 1 de octubre de 2021, C−128 del 25 de marzo de 2022, C−252 del 3 de mayo de 2022, C−376 del 14 de junio de 2022, C−413 del 24 de junio de 2022, C−691 del 20 de octubre de 2022, C−731 del 10 de noviembre de 2022, C−928 del 26 de enero de 2023, C−126 del 24 de abril de 2023, C−175 del 4 de mayo de 2023, C−234 del 5 de julio de 2023, C−010 del 31 de enero de 2024 y C-039 del 23 de abril de 2024. También se ha pronunciado sobre el conflicto de interés en los conceptos C-229 del 16 de abril de 2020, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-449 del 31 de agosto de 2021 y C-288 del 14 de julio de 2023. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527918222614%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=h8WOGB2loApehe%2F7QeGo2PCeSePiffWRTR4AMN1Rht0%3D&reserved=0) . Te invitamos también a revisar la tercera edición del Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo:

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527918236341%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=suWiKgAXI6RPAGd1cMip%2B6rgP8F%2F2yvMoSBrk1afqMw%3D&reserved=0)

De otra parte, te informamos que entre el 15 al 29 de agosto de 2024 estará disponible para comentarios la Guía para Promover la Participación de las MIPYMES en los Procesos de Compra y Contratación Pública. Esta nueva versión desarrolla lineamientos para la aplicación de los incentivos regulados por normas como la Ley 2069 de 2020 y los decretos 1860 de 2021, 142 de 2023 y el 874 de 2024. Te invitamos a participar dejando tus observaciones en los siguientes enlaces:

<https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=17363> y [https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fconvocatorias&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527918253802%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=GwrjQB3Ux3BnWR1wNwy6IF5e3PKmQS0T5Gmy2ZXJYws%3D&reserved=0)

También le invitamos a consultar las versiones IV y V de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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: | Sergio Enrique Caballero Lesmes  Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-1)
2. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional, Sentencia C- 373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de junio de 2019, Exp. No. 00111 C.P. Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-9)
10. Definición de persona en la RAE: <https://dle.rae.es/persona> [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia proferida el 17 de julio de 2008, identificada con núm. único de radicación 440012331000200800005 01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de septiembre de 1998, expediente núm. 1952, C.P. Miren De La Lombana De Magyaroff [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. Sentencia C-903 del 6 de diciembre de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013. M.P. Jaime Córdoba Triviño [↑](#footnote-ref-14)