



Concepto 118291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000118291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000118291

Fecha: 05/04/2021 01:02:12 p.m.

Bogotá

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que una persona condenada por el delito de tentativa de hurto calificado, pueda contratar con el Estado o subcontratar con contratistas del Estado y contratar con particulares? ¿Puede trabajar con la empresa donde su cónyuge es representante legal y que contrata con el Estado? Radicado: 20212060154402 del 23 de marzo de 2021.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, en la cual se consulta sobre los efectos de la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como producto de condena judicial, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 80 de 1993¹, establece como inhabilidades para contratar, entre otras, las siguientes:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

(...)

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las

previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma." (Subrayado por fuera del texto original).

De otra parte, mediante la Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se señaló lo siguiente:

"2.2. La inhabilidad que consagra la letra d) del ordinal 1o. del art. 8o. y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 41), según se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o accede.

Estima la Corte, que la inhabilidad señalada en el literal d) del ordinal 1o. del artículo 8o, de la ley 80, aunque tiene como fuente u origen o fundamento la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no constituye una nueva pena. En efecto:

Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.

Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.

Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuricidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona.

Adicionalmente, considera la Corte que la inhabilidad que consagra uno de los apartes normativos acusados, se juzga no sólo necesaria, sino conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es de que no accedan a la contratación, en forma temporal, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades anejas (sic) al ejercicio de dichas funciones.

Por todo lo dicho, se declarará exequible el aparte normativo acusado, correspondiente a la letra d) del ordinal 1o. del art. 8o., con exclusión de la expresión "y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución" declarada exequible a través de la sentencia C-178/96.

Finalmente considera la Corte, consecuente con los razonamientos antes expuestos, que igualmente se declarará la exequibilidad del acápite acusado correspondiente al inciso final del ordinal 1o. del art. 8o., porque el señalamiento de la vigencia de los efectos de la inhabilidad, no contradice ninguna norma superior, pues el legislador no sólo puede establecer esos términos como complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se

impediría el retorno al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo.” (Subrayado fuera de texto)

Conforme con lo anterior, es claro que según el artículo 8, literal d) de la Ley 80 de 1993, se encuentra inhabilitado para contratar quien mediante sentencia judicial, haya sido condenado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

Se precisa que la inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la sentencia que impuso la pena.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible inferir que una persona que se encuentra sancionada penalmente con inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, estaría impedida para suscribir contratos con el Estado, considerando que según la Corte Constitucional la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades relacionadas al ejercicio de funciones públicas y que constitucionalmente es posible que particulares desempeñen funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplazan hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo). Esto bien puede generarse a través de un contrato en los términos de la Ley 80 de 1993 y aquellas que la modifican o adicionan, toda vez que aunque a través este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, si es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que una persona que se encuentra inhabilitada para ejercer funciones públicas se encuentra también inhabilitada para suscribir un contrato de prestación de servicios con una entidad pública, por cuanto, como se señaló anteriormente, la ejecución y desarrollo de un contrato de prestación de servicios comporta el desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio de funciones públicas.

En todo caso, se considera necesario conocer la sentencia mediante la cual se impuso la pena principal privativa de la libertad y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y conocer exactamente los términos en los cuales el juez dictó su decisión, para efectos de establecer el tipo de sanción impuesta; así como el certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación.

Igualmente, es importante destacar que según la Sala Plena del Consejo de Estado², en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En este orden de ideas, se considera procedente concluir lo siguiente en relación con sus interrogantes:

1. No resulta viable emitir consideraciones sobre un fallo emitido por autoridad judicial competente y que se encuentra debidamente ejecutoriado, por lo que se deberá acudir a su tenor literal para efectos de su cumplimiento. No obstante, de acuerdo con todo lo señalado, si existe la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y aún no se ha superado el término de 5 años, no resulta viable suscribir contrato con una entidad pública.
2. Las normas que regulan la materia no se refieren a subcontratar, por lo que si no se va a contratar directamente no existiría impedimento.
3. Si el cónyuge de la persona condenada es representante legal de una entidad que no es pública, no se encuentra en las normas del derecho público impedimento para su vinculación.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos

ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*.
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:03:02