



Concepto 340181 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000340181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000340181

Fecha: 15/09/2021 03:16:58 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Cuáles son los impedimentos que se deben tener en cuenta para celebrar contratos con entidades públicas para los años 2012 a 2016? Radicado 20219000602472 del 30 de agosto de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta de forma general sobre cuáles son los impedimentos que se deben tener en cuenta para celebrar contratos con entidades públicas para los años 2012 a 2016 y las personas que se encuentran sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los años señalados, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero precisar que la Ley 80 de 1993¹, establece como inhabilidades para contratar con el Estado, las siguientes:

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

1. *<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:*

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

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.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> <Ver Notas del Editor> 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.

j) <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

k) <Literal modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por 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.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) <Ver Notas del Editor> Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles

directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> 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.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

(...)

PARÁGRAFO 1. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

<Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007> El nuevo texto es el siguiente:> En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

PARÁGRAFO 3. <Parágrafo adicionado por el artículo 3 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, se encontraran inhabilitados para contratar con el Estado, las personas cuyas situaciones se enmarquen dentro de las causales establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentran las personas que hayan sido previamente inhabilitadas, los servidores públicos, los que hayan desempeñado cargos del nivel directivo, los parientes de aquellos, entre otros.

Es de resaltar que, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

Es importante anotar que con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011², a partir del 12 de julio del 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 4. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

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.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

“(…)

...se reitera 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. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de 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. Política pública que, como ya se anotó, 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.

(...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, 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. Según la Corte, 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 sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

De acuerdo con lo anterior, 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, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, 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, para evitar las ventajas del sector privado en la contratación de exfuncionarios del Estado para obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

- a) Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o
- b) 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.

Teniendo en cuenta que estas inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicen respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo.

La inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.

Finalmente, respecto de las inhabilidades de miembros de la Junta Directiva para ocupar cargos públicos y contratar con la misma entidad en el año siguiente a su retiro, tenemos que el Decreto-Ley 128 de 1976³, señala:

"ARTÍCULO 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas."

(...)

"ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2004, Radicación interna No 3246 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sobre el alcance de la expresión "servicios profesionales" contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, sostuvo:

"Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual,..." (Subrayado por fuera del texto original).

Es así como los miembros de junta directiva de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos, les aplica la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, por lo que, dentro del año siguiente a su retiro no podrán ser contratistas de la misma entidad.

De acuerdo con lo señalado, me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1.

y para celebrar contratos con entidades estatales,

De forma general, para establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para participar en contratos con entidades públicas para los años 2012 a 2016 podrá acudir a las disposiciones citadas en este concepto, esto es el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y para los miembros de juntas directivas podrá acudir a las contenidas en el Decreto Ley 128 de 1976.

2.

incompatibilidades para participar en licitaciones y para celebrar contratos c

Todas las personas (naturales) que se vean inmersas en alguna de las situaciones descritas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no podrán celebrar contratos con entidades estatales.

Es importante señalar que para el caso de los ex servidores, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

a) Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o

b) 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.

Teniendo en cuenta que estas inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicen respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado como las entidades sin ánimo de lucro u otras entidades estatales, en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo.

3. l

Los miembros de junta directiva de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos, les aplica la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, por lo que, dentro del año siguiente a su retiro no podrán ser contratistas de la misma entidad; de tal manera que no existiría impedimento para que celebren contrato con una entidad pública diferente.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_y

<https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”
2. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.
3. “Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:16:42