



Función Pública

Concepto 136971 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000136971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000136971

Fecha: 05/04/2023 11:07:46 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Prohibición de suscribir contratos con entidades públicas. Inhabilidad por ser socio de empresas privadas que contratan con el Estado. RAD. 20232060172192 del 17 de marzo de 2023.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, mediante su oficio No. RS20230317002632 del 17 de marzo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta lo siguiente:

Si es nombrado en un cargo público, que pasaría con lo siguiente:

- 1) Si es contratista de Prestación de Servicios de una entidad privada, ¿está obligado a liquidar ese contrato de Prestación de Servicios?
- 2) Si es contratista de Prestación de Servicio, pero de una entidad pública, ¿está obligado a liquidar ese contrato?
- 3) Si tiene un contrato de obra o de consultoría, con una entidad pública, donde tiene contratado personal para la ejecución de las actividades, ¿debe liquidar el contrato? o ¿puede seguirlo ejecutando?
- 4) Si tiene un contrato de obra o de consultoría, con una entidad privada, donde tiene contratado personal para la ejecución de las actividades, ¿debe liquidarlo o puede seguirlo ejecutando?
- 5) Si es socio de una SAS o una Sociedad Anónima o una Sociedad Limitada, y esa Sociedad tiene contratos con entidades públicas, ¿se debe liquidar los contratos que esas sociedades tiene? ¿Cambia en algo que la sociedad tenga contratos con la Entidad donde me posesionaría como funcionario público?
- 6) Si es integrante de un proponente Plural (Consortio o Unión Temporal), y ésta proponente tiene contratos con una entidad pública, se debe liquidar el contrato de la UT o el Consortio, ¿Cambia en algo lo anterior, si el contrato es con la entidad donde me posesionaría??

7) Si, al igual que la pregunta anterior, es integrante de un proponente plural, y además es el representante legal, y este consorcio o UT tiene contratos con entidades públicas, ¿se debe liquidar el Contrato? ¿Si solo se cambia de Representante legal se podría seguir ejecutando??”

Esta Dirección atendió su solicitud mediante el concepto No. 20236000101711 del 10 de marzo de 2023, en la que se atendió la pregunta contenida en el punto 2 de su escrito y remitió las demás a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, quien la devuelve.

Se procede entonces a dar respuesta a las consultas contenidas en los puntos 1 y 3 a 7 de su escrito.

Respecto a algunas prohibiciones que pesan sobre los servidores públicos, la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí 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.”

“ARTÍCULO 128. 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 parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

En igual sentido se expresa el artículo 19 de la ley 4 de 1992, *“mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, en los siguientes términos:*

“ARTÍCULO 19. 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 parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas. Ver Artículo 4
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

Por su parte, la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, determina:

“ARTÍCULO 38. *Deberes.* Son deberes de todo servidor público:

(...)

Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

(...).”

“ARTÍCULO 56. *Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.*

(...)

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de un (1) año después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existen sujetos claramente determinados.

(...).”

Ahora bien, frente a la interpretación de la inhabilidades e incompatibilidades, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en la Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”.

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. En consecuencia, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", consagró:

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

Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)

Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

(...)

f) 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.

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." (Destacado nuestro)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, 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.

Así las cosas, para el caso en que un empleado público ocupe un cargo perteneciente al nivel directivo, asesor o ejecutivo en una entidad pública, y tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo en corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como en sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas, se generaría una inhabilidad para que la entidad pública en la que el servidor presta sus servicios contrate con la sociedad. Por el contrario, si el contrato se celebra con una entidad distinta a la que presta sus servicios el empleado, no se configurará la prohibición precitada.

Ahora bien, para referirnos al caso concreto, se considera pertinente citar lo precisado por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente en el concepto C-122 de 2021, emitido el 3 de marzo de 2021, con Radicado No. RS20210330002619, en el que se analizó la clasificación de las sociedades comerciales:

“De las clasificaciones propuestas, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en «sociedades de personas» y «sociedades de capital», y ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas -intuitus rei-, porque no importa mucho de quién sean las acciones. En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman -los socios- determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí -intuitus personarum-. No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que dependiendo de la clasificación la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos.

Al grupo de las «sociedades de personas» pertenecen las siguientes sociedades: colectivas, en comandita simple, limitada, unipersonal y las cooperativas. Al grupo de las "sociedades de capital" pertenecen: las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las simplificadas por acciones -SAS- y las de economía mixta. Lo anterior sin desconocer que la clasificación no siempre es pacífica, toda vez que, aunque frente a algunas de ellas coincide la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, frente a algunas de ellas hay un fuerte debate, como sucede con las sociedades limitadas.

Incluso, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: «*sociedades de naturaleza mixta*», que corresponden a aquellas donde las acciones o el capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación, como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

No obstante, la dificultad que ofrezca la clasificación que se adopte, para organizar la pertenencia de cada sociedad al respectivo grupo, en cualquiera de los casos se debe estar ante «sociedades», es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distintas de los socios que la conforman, como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio: «*Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*».

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado y lo regulado en el Código de Comercio y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sociedades comerciales se clasifican en dos grandes categorías: sociedades de capital y sociedades de personas. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2010, señaló: «*Desde el punto de vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones*». De acuerdo con lo indicado en el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, la S.A.S. es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.”

Así mismo, el concepto referido señaló respecto de la aplicación de la causal del literal d), numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, específicamente en la contratación para las sociedades por acciones simplificadas:

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

De acuerdo con la inhabilidad del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, unas sociedades comerciales estarán inhabilitadas para contratar con la entidad a la que pertenezca un servidor público, así: i) que pertenezca al nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante y ii) que tenga participación en esas sociedades comerciales o ejerza un cargo de dirección o manejo.

Ahora bien, la Ley 1258 de 2008 creó la sociedad por acciones simplificada - SAS-, conformada por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes responden hasta el monto de sus aportes. El artículo 3 establece que es una sociedad de capitales, y por lo tanto no le aplica la prohibición prevista en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, en el oficio No. 220- 087303 del 16 de agosto de 2019, señaló que las inhabilidades son de aplicación excepcional y restrictivo y por lo tanto, no puede ser impuesta a los socios de una sociedad de capitales como lo es la sociedad por acciones simplificada:

En estas disposiciones se establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, que constituye una persona jurídica distinta de los socios y, por lo tanto, estos son terceros respecto de los contratos que celebre el ente societario; que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es de índole excepcional y aplicación restrictiva, en la medida en que limitan la capacidad jurídica de las personas; que las causales están previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 5 y 90 de la Ley 1474 de 2011, y que la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a uno de los socios no está consagrada como causal de inhabilidad para que la sociedad de capitales participe en procesos de selección y contrate con entidades estatales.

En consecuencia, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no le aplica a los socios de las sociedades por acciones simplificadas, ni a este tipo de sociedades cuando entre sus socios se encuentra una persona inhabilitada.

Respuestas

«(...) No es posible para las entidades públicas extender la inhabilidad contemplada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, a las sociedades por acciones simplificadas, al señalar la norma que tal inhabilidad aplica para “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.»

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, la norma expresa taxativamente el tipo de sociedades que están incursas en esa causal, por tanto, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no le aplica a los socios de las sociedades por acciones simplificadas, ni a estas cuando entre sus socios se encuentra una persona inhabilitada.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo expuesto, se considera que la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, recae sobre 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 tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo, mismas que no podrán licitar o contratar con la entidad en la que el empleado ocupe un cargo perteneciente al nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Por consiguiente, se colige de todo lo anterior que no existe prohibición legal para que una persona jurídica de la cual es socio un servidor público vinculado en un empleo perteneciente a los niveles directivo, asesor o ejecutivo, licite o contrate con una entidad pública distinta de la

que el empleado presta sus servicios.

Además, debe precisarse que si la persona jurídica de que trata su inquietud es una sociedad de capital, no estará inhabilitada para licitar o celebrar contratos, incluso con la entidad en la que está vinculado el servidor público, considerando que la inhabilitación prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 recae sobre 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 tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección considera que no existe impedimento o inhabilitación para que un servidor público, desarrolle por fuera del tiempo reglamentario de trabajo sus servicios profesionales de manera particular a empresas privadas, siempre y cuando no preste a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad pública donde labora, ni preste servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron o están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado. Tampoco puede desarrollar estas actividades dentro de la jornada laboral que tiene en la entidad pública.

En cuanto a las preguntas relacionadas con las empresas privadas que contratan con el estado, el consultante deberá verificar, con base en el análisis realizado en el cuerpo del concepto, si se trata de 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 tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo, mismas que no podrán licitar o contratar con la entidad en la que el empleado ocupe un cargo perteneciente al nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Adicionalmente, si la persona jurídica de que trata su inquietud es una sociedad de capital, no estará inhabilitada para licitar o celebrar contratos, incluso con la entidad en la que está vinculado el servidor público, considerando que la inhabilitación prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 recae sobre 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 tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:54:27