



Concepto 006141 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

2024600006141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2024600006141

Fecha: 05/01/2024 09:14:56 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. PROHIBICIONES SERVIDOR PUBLICO. RAD.: 20232061088922 de 07 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación, mediante la cual realiza una serie de preguntas de manera siguiente:

PRIMERO - Pregunta Respetuosa: ¿Un funcionario público puede ser el único accionista de una sociedad anónima simplificada (SAS, PERSONA JURIDICA); tiene limitaciones, restricciones, prohibiciones o inhabilidades por esto?

SEGUNDO - Pregunta Respetuosa: ¿Una sociedad anónima simplificada (SAS - PERSONA JURIDICA), en donde solo hay un accionista, que es funcionario público y éste no es el representante legal de la misma, puede contratar con entidades públicas diferentes a donde labora el funcionario público donde el objeto de la contratación no tiene nada que ver con las funciones desarrolladas por el éste?

TERCERO - Pregunta Respetuosa: ¿Tiene alguna limitación, restricción, prohibición o inhabilidad el funcionario público que es el único accionista de una sociedad anónima simplificada (SAS - PERSONA JURIDICA) y recibe un sueldo de ésta por asesorarla en asuntos que no están en el área del derecho ni relacionadas con las funciones que desempeña en la entidad pública donde labora el funcionario público; teniendo en cuenta que tampoco es el representante legal de la misma, y en donde la sociedad recibe su mayoría de ingresos fruto de la contratación pública que realiza en entidades diferentes a donde labora el funcionario público?

TERCERO - Pregunta Respetuosa: ¿La esposa de un funcionario público puede ser la representante legal de una sociedad anónima simplificada (SAS- PERSONA JURIDICA) y realizar contratos con entidades públicas diferentes a donde labora en funcionario y con asuntos diferentes a las fundiciones que desempeña éste?

En primer lugar, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos en particular el de libre nombramiento y remoción, la Constitución Política de 1991 en sus artículos 127 y 128, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 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 mas de un empleo público ni recibir mas 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.

Entiendese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

De conformidad con lo anterior, el servidor público, no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, ni 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.

Así mismo, respecto a las prohibiciones para los servidores públicos y ex servidores públicos, la Ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario, lo siguiente:

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:*

Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona a sabiendas de que en ella concurre causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses. 3. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en las normas vigentes. 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 presto 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.

De acuerdo con el texto legal citado y para el caso específico, un ex empleado no podrá prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios. Tampoco podrá prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que está vinculado hasta por el término de un (1) año después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual presto sus servicios. Esta prohibición presenta dos posibilidades:

Cuando se trata de asuntos concretos de los cuales el servidor conoce o 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 existe sujetos claramente determinados). En este caso, la prohibición de asistir, asesora o representar es indefinida. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios.

Esta limitación opera para quienes, habiendo sido servidores públicos, prestan, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA" modificada por la Ley 1474 de 2011 "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.", precisa:

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:

(...)

a) *Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad 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..." (Subraya fuera de texto)*

(...)

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) *Literal adicionado por el art. 4, Ley 1474 de 2011 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.

(...)

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 simplificadas:

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 y refiriéndonos de manera particular a su consulta, 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 inhabilidad 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 el marco legal transcrito, me permito dar respuesta a cada una de las preguntas:

PRIMERO - Pregunta Respetuosa: ¿Un funcionario público puede ser el único accionista de una sociedad anónima simplificada (SAS, PERSONA JURIDICA); tiene limitaciones, restricciones, prohibiciones o inhabilidades por esto?

Respuesta: De acuerdo con lo expuesto, no existe inhabilidad alguna para que un servidor público, distinto de los abogados, puede ser accionista o prestar sus servicios en el ámbito privado -siempre y cuando en el desarrollo de esas actividades privadas no se preste asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del empleo del cual es titular en el sector público y dedique la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, es decir, que el desempeño de sus actividades privadas no interfiera con el óptimo desempeño de sus funciones en el sector público.

De otra parte se deberá tener en cuenta que, de acuerdo con el marco legal precisado, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Tampoco podan recibir ninguna asignación adicional a la de

servidor público, proveniente 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, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 128 de la Constitución.

SEGUNDO - Pregunta Respetuosa: ¿Una sociedad anónima simplificada (SAS – PERSONA JURIDICA), en donde solo hay un accionista, que es funcionario público y éste no es el representante legal de la misma, puede contratar con entidades públicas diferentes a donde labora el funcionario público donde el objeto de la contratación no tiene nada que ver con las funciones desarrolladas por el éste?

Respuesta: En cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad¹. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público, por sí o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales, más aún si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

TERCERO - Pregunta Respetuosa: ¿Tiene alguna limitación, restricción, prohibición o inhabilidad el funcionario público que es el único accionista de una sociedad anónima simplificada (SAS – PERSONA JURIDICA) y recibe un sueldo de ésta por asesorarla en asuntos que no están en el área del derecho ni relacionadas con las funciones que desempeña en la entidad pública donde labora el funcionario público; teniendo en cuenta que tampoco es el representante legal de la misma, y en donde la sociedad recibe su mayoría de ingresos fruto de la contratación pública que realiza en entidades diferentes a donde labora el funcionario público?

Respuesta: De conformidad con las respuestas emitidas, un servidor público presenta inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales, de conformidad con el literal f del Art. 8 de la Ley 80 de 1993, posición reiterada en el pronunciamiento del Consejo de Estado citada, de manera que, la inhabilidad también se configura mediante sociedades de personas en las que sea socio el servidor público, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad².

TERCERO - Pregunta Respetuosa: ¿La esposa de un funcionario público puede ser la representante legal de una sociedad anónima simplificada (SAS PERSONA JURIDICA) y realizar contratos con entidades públicas diferentes a donde labora en funcionario y con asuntos diferentes a las fundiciones que desempeña éste?

Respuesta: Es importante precisar y reiterar que, en el evento que un servidor público sea parte de la sociedad, esta no podrá celebrar contratos estatales de conformidad con el señalamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002- 02(3875) de enero 19 de 2006 y la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en el evento en el que la compañera permanente o la cónyuge del servidor público quiera celebrar contratos con entidades públicas a través de una sociedad, es importante que el servidor público no haga parte de esta, por lo tanto, en este evento podrá participar en licitaciones y firmar contratos estatales con entidades públicas distintas en la cual el servidor público presta sus servicios. Esta incompatibilidad sólo comprende a los servidores públicos quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo o asesor, luego, si el servidor público no ejerce un empleo de nivel directivo o asesor, podrá participar en licitaciones y celebrar contratos estatales con la misma entidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el Gestor Normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

2 Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2025-02-05 14:04:53