

CONCEPTO 16165 DE 2013

(noviembre 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Concepto Inhabilidad para contratar

Mediante radicado No. 1-2013-022783 de fecha 28 de octubre de 2013, recibimos su consulta en la que solicita emitir concepto sobre la presunta inhabilidad de un contratista para ser proveedor de bienes o servicios.

PROBLEMA JURÍDICO

'Establecer si un contratista que presta servicios personales al SENA, puede simultáneamente ser proveedor de la entidad suministrar bienes o servicios.

De ser negativa la respuesta anterior, suministrar las normas donde se establece el mencionado impedimento."

Previo al pronunciamiento es pertinente citar las normas sobre las cuales versa el objeto de la consulta, así:

SOPORTES NORMATIVOS

La Constitución Nacional en su Título V, Capítulo 2, establece los conceptos y lineamientos generales, de la función pública y el régimen aplicable a los servidores públicos. En desarrollo de dichos preceptos, en su artículo [128](#), determina:

"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°.

Se entiende entonces, que la prohibición de desempeñar más de un empleo público, previene el ejercicio colateral de diferentes cargos, con la consiguiente acumulación de funciones y a su turno la prohibición de una doble asignación, reviste la imposibilidad de que un funcionario público reciba erogación monetaria proveniente del tesoro público, diferente al salario propio del cargo al que fue vinculado

El término "asignación°", debe concebirse como el vocablo genérico que designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina en el pago de prestaciones relacionadas con el servicio público oficial. [\(1\)](#)

El enunciado precepto, comprende todas las erogaciones provenientes del patrimonio público del Estado, -tesoro público-, o de personas jurídicas en donde éste último tenga una participación accionarla mayoritaria, y que son reconocidas o percibidas por los empleados públicos,

independientemente del título a que sean pagadas, ya sea por concepto de mesadas pensionales, salarios, remuneración o retribuciones afines.

Se tiene entonces, que el término asignación, solo es aplicable a las erogaciones que son percibidas por empleados públicos, por lo cual una persona natural o jurídica que se vincule con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios, suministro, compra etc., no recibe por los servicios realizados los bienes entregados una asignación, sino el pago de un precio honorarios, por lo cual no está inhabilitado para realizar más de un contrato con entidades de naturaleza pública. (2)

En el entendido que una persona puede suscribir más de un contrato con el Estado, se entra a determinar la viabilidad que dichos contratos se celebren con la misma entidad.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 8 y 9, señala:

'ARTICULO 80. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. 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) 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) 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) 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.

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.

Nota: El literal j) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 18 de la Ley 1150 de 2007](#). Así mismo, el literal fue modificado por el [artículo 1 de la Ley 1474 de 2011](#), con el siguiente texto:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

j) Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

Nota: El literal k) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 2 de la Ley 1474 de 2011](#) con el siguiente texto:

k) 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 periodo 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.

Nota: El literal k) (sic) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 84 de la Ley 1474 de 2011](#) con el siguiente texto:

k) 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. 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 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) 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) 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.

Nota: El [artículo 4 de la Ley 1474 de 2011](#), adicionó el literal t) al presente numeral con el siguiente texto:

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 1o. 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.

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

*Nota: El [artículo 32 de la Ley 1150 de 2007](#) derogó la expresión: "concurso".

"Nota: Las expresiones: "compañeros permanentes" y "compañero o compañera permanente" contenidas en el presente artículo, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la [Sentencia C-29 de 2009](#), en el entendido que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

"ARTÍCULO [9o](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación (o concurso), se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Nota: El [artículo 32](#) de la [Ley 1150 de 2007](#) derogó la expresión: "concurso"

Las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado⁰¹; en general estas previsiones normativas tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado. En cuanto a la naturaleza de los regímenes de inhabilidades, la Cortem ha señalado:

"La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. Por lo tanto, el propósito moralizador del Estado que persigue alcanzar un régimen de inhabilidades y cuyo sustento radica en la misma Carta Política, según se ha analizado en numerosa jurisprudencia esta Corporación, logra hacerse efectivo, precisamente, a través del desempeño de las funciones públicas en esos términos de idoneidad, moralidad y probidad, pues de esta manera se asegura el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidas, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio".

Por otra parte, el [artículo 11](#) de la [Ley 1437 de 2011](#), dispone respecto del conflicto de intereses, lo siguiente:

"Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto. (...)

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas. (...)

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver. (...)

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

De otra parte, cabe resaltar que por políticas de la entidad para todos los contratos de instructor (presencial, virtual, tutores, etc.) no es viable suscribir varios contratos de prestación de servicios personales. En tal sentido se expidió la Circular [18](#) de 2008 del 17 de enero de 2008, proferida por la Dirección de formación profesional, en la cual señala expresamente que "Un instructor sólo podrá celebrar un contrato de prestación de servicios con la entidad.."

RESPUESTA JURÍDICA

De la normatividad transcrita, podemos concluir que las inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de interés, solamente se dan en los casos expresamente señalados en las normas antes mencionadas y que únicamente se podrá establecer si aplican dichas causales, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso.

Ahora bien para absolver su primer interrogante: Establecer si un contratista que presta servicios personales al SENA, puede simultáneamente ser proveedor de la entidad suministrar bienes o servicios?

De acuerdo a los preceptos legales antes citados, no existe causal de impedimento alguno que prohíba que un contratista pueda de manera simultáneamente ser contratista y proveedor de la entidad, ya que si se ha realizado el proceso de selección correspondiente en donde se observen todos los preceptos legales que son aplicables a la materia, puede darse el caso, que una persona natural o jurídica, por las especiales condiciones del mercado al que pertenece el bien o el servicio a adquirir, reúna los requisitos exigidos en dos procesos de contratación diferentes en los que las características y precios de los servicios ofrecidos superen a los demás oferentes, o sencillamente, ostenten la calidad de ser los únicos distribuidores.

En el referido supuesto, y como se adujo, siempre que el proceso se apegue al trámite que fue establecido para el mismo, es viable jurídicamente realizar las contrataciones enunciadas, sin que se viole con tal acto el principio constitucional descrito de no percibir doble asignación del

tesoro público, por cuanto este se predica únicamente de personas que posean la calidad de servidores públicos.

De igual manera no se menoscabaría el principio de transparencia y selección objetiva, por cuanto y como se discierne de lo planteado, cuando el trámite es adelantado en observancia a las reglas de cada proceso de selección, la contratación de dos objetos diferentes con un mismo contratista, no obedece a fraccionamiento de contratos.

Así las cosas, resulta claro que el legislador impone al servidor público deberes positivos de conducta y, de la misma forma, consagra prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses que imponen deberes negativos o conductas en las que no debe incurrirse, con el mismo propósito de preservar la observancia de los principios que gobiernan la función pública, todos ellos encaminados a garantizar la transparencia e imparcialidad del servidor público, así como la igualdad de trato del Estado frente a los administrados y evitar que el interés privado o particular del servidor oriente su actuación. Dentro de este contexto se debe tener en cuenta que las causales de inhabilidad e incompatibilidad se encuentran taxativamente señaladas en la Ley, por lo que no se podría por analogía o interpretación, darle alcance a ciertas actuaciones de los servidores públicos.

El presente concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto por el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

