

CONCEPTO 14971 DE 2018

(marzo 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Inhabilidades e Incompatibilidades en materia de contratación Ley 1474 de 2011-Artículo [4](#)

En atención a la solicitud allegada mediante correo electrónico de fecha del 20 marzo de 2018, radicado No. 8-2018-014321, en la cual se solicita concepto sobre si existe o no inhabilidad entre una empresa de transporte de la cual es Gerente quien fue Subdirectora de un Centro de Formación del SENA para contratar con la entidad en el mismo Centro; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

De manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites o hacer aclaraciones/modificaciones a los actos administrativos proferidos por el SENA. También es pertinente indicarle que en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las inquietudes sobre diversas temáticas se deben aclarar al interior de la Entidad agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario que maneje la temática, al competente o a quien deba tomar la decisión.

El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO JURÍDICO

A) ANTECEDENTES

Manifiesta quien consulta lo siguiente:

- Se busca dar cumplimiento a un debido proceso contractual y dar cumplimiento a los principios de transparencia y responsabilidad.

-Hasta el pasado 28 de diciembre de 2017, la doc.. XXXXXXXX, se desempeñó en el cargo de Subdirectora del Centro de XXXXXXXX SENA-Regional XXXXX

-En este momento, la mencionada Doc... XXXXXXXX, se desempeña como Gerente de la XXXXXXXXXXXX, empresa de alto reconocimiento a nivel Municipal y Departamental en el servicio de transporte.

-La pregunta va encaminada a lo siguiente: ¿Existe alguna inhabilidad para contratar, de acuerdo al contenido del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, referente a la Empresa XXXXXXXX con este Centro de Formación, teniendo en cuenta que actualmente se adelantan procesos contractuales para la prestación de servicio de transporte de aprendices y de suministro de combustible; en los cuales, la citada empresa XXXXXXXX en anteriores oportunidades ha participado con la presentación de oferta, más aún cuando la actual Gerente se desempeñó como Subdirectora del Centro?

(Se suprimen las identificaciones del original)

-Se deja constancia que se atiende la solicitud con la información suministrada.

B) ANÁLISIS

-INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Conforme con lo señalado por la Función Pública, en su Cartilla de Inhabilidades e Incompatibilidades de los servidores públicos, se entiende por INHABILIDAD “la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio”. En el mismo sentido, se advierte que “la finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función”.

La Corte Constitucional en sentencias de control abstracto ha definido las inhabilidades, es el caso de la sentencia C-1212 de 2001:

[...] Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Cfr. Corte Constitucional.

Señala el máximo tribunal de constitucionalidad, en la sentencia C-200 de 2001, que en atención al carácter prohibitivo de las inhabilidades, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política; en consecuencia:

[...] el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al

derecho de las personas a acceder a los cargos públicos. (Subraya fuera de texto)

De lo anterior, vale la pena precisar que la inhabilidad se predica de personas naturales que pueden tener acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas; igualmente señala el máximo tribunal de constitucionalidad, en la sentencia C-200 de 2001, que en atención al carácter prohibitivo de las inhabilidades, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

También de acuerdo con la sentencia C-348 de 2004, se han establecido los tipos de inhabilidades así:

-Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.

-Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, en Concepto 1097 del 29 de abril de 1998, señaló:

[...] Como ya lo ha manifestado la Sala, las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60 de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso. (Subraya fuera de texto)

En cuanto a las consecuencias de las inhabilidades tenemos que conforme a lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-509 de 1994, las mismas son:

[...]-Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

-Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en

ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

-En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.

Se ha señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la inhabilidad sobreviniente se presenta cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando. El artículo [37](#) del Código Disciplinario único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-509 de 1994 señaló el procedimiento que se debe surtir para retirar del servicio al servidor público que le sobreviene una inhabilidad.

En concordancia con la jurisprudencia anterior, el legislador mediante la Ley [190](#) de 1995, “por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”, dispuso:

ARTÍCULO [60](#). En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, al servicio público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Sí dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar. Subrayado declarado exequible. Sentencia C- 38 de 1996 Corte Constitucional.

En este orden de ideas, en caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio. Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar. (C-038 de 1996)

El fin de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función. (Departamento Administrativo de la Función Pública. Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos. 2011).

De otra parte, se entiende por INCOMPATIBILIDAD, la “imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”. En sentencia C-349 de 1994, la Corte Constitucional señaló:

[...] si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo [183](#), numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla. Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo [181](#) de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente

a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Igualmente, en la sentencia C-426 de 1996 indicó respecto a la finalidad de las incompatibilidades:

[...] INCOMPATIBILIDADES DEL SERVIDOR PÚBLICO-Función. Las incompatibilidades legales tienen como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

En conclusión, la incompatibilidad ha sido definida jurisprudencialmente como “imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”, donde los artículos [127](#), [128](#) y [129](#) de la Constitución Política, contiene incompatibilidades comunes a los servidores públicos.

-INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN CONTRATACIÓN

Como a bien señala Colombia Compra Eficiente, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar se encuentran reguladas en el artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo [90](#) de la Ley 1474 de 2011. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sentencias de la Corte Constitucional C- 147 de 1998 y T- 282 de 2006, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales es de aplicación restrictiva, ya que comporta una excepción a la regla general de libertad (Concepto No. 070 de 2011. Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios). En consecuencia, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita los derechos de las personas (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 10 de febrero de 2011. Rad. No. 630012331000199704685 01. M.P. Hernán Andrade Rincón)

Es así como, se advierte por la entidad encita, que deben distinguirse dos situaciones a las cuales puede enfrentarse un ex servidor público que pretenda contratar con el Estado:

- i. El objeto del contrato, consiste en 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 dos (2) años 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 organismos al que se haya estado vinculado. En este caso el ex servidor público se encuentra inhabilitado por la Ley (Artículo [3o](#) Ley 1474 de 2011), sin importar el nivel en que se encontraba el cargo ejercido.
- ii. 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 (artículo [4o](#) Ley 1474 de 2011). Esta inhabilidad se extiende por el término de dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público. A este respecto, vale la pena recordar que por sector administrativo se entiende el conjunto de entidades públicas compuesto por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o

vinculadas a un área (Artículo [42](#) Ley 489 de 1998).

Ahora bien, la Ley [1474](#) de 2011, también consagró inhabilidades, en el artículo 90 de la norma encita:

ARTÍCULO [90](#). Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En este orden de ideas, ha señalado también la Corte Constitucional en la sentencia C-489 de 1996, en cuanto a las inhabilidades para contratar:

[...] INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO-No constituye sanción penal. Las inhabilidades e incompatibilidades que obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta. Las inhabilidades e incompatibilidades, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.

[...] INHABILIDADES INTEMPORALES PARA CONTRATACION CON EL ESTADO-Prohibición. El legislador no sólo puede establecer términos como complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se impediría el retorno al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo. (Subraya fuera de texto)

Efectivamente la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, estableció en su artículo [80](#) lo siguiente:

ARTÍCULO [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. [\[1\]](#)
- 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. [\[2\]](#)
- 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. [\[3\]](#)
- i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos 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 celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma. [\[4\]](#)

j) Modificado por el art. 1, Ley 1474 de 2011 Literal adicionado por el art. [18](#), Ley 1150 de 2007, así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas

k) Literal adicionado por el art. 2, Ley 1474 de 2011 adicionado por el párrafo 2, art. 84, Ley 1474 de 2011 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.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: [\[5\]](#)

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. [\[6\]](#)

[...] (Negrilla fuera de texto)

Colombia Compra Eficiente ha ratificado el hecho según el cual las inhabilidades e incompatibilidades están establecidas para asegurar los intereses públicos y proteger la transparencia, objetividad e imparcialidad en las relaciones entre el Estado y los particulares. De otra parte, advierte como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, por lo cual cuando existen varias interpretaciones posibles sobre una inhabilidad o incompatibilidad, debe preferirse la que menos limita los derechos de las personas. Todas las Entidades Estatales sometidas o no a la Ley [80](#) de 1993 y a la Ley [1150](#) de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, están obligadas a respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. [\[7\]](#)

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, en el Concepto No. 1097 del 29 de abril de 1998, señaló:

[...] Como ya lo ha manifestado la Sala, las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas

en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo [6o](#) de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, verbi gracia, frente al literal f) del numeral 1 del artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, también ha señalado el Consejo de Estado, dicha inhabilidad como un hecho verificable para participar en proceso contractual, así:

[...] SERVIDOR PÚBLICO- Inhabilidades. Improcedencia de contratación con entidad estatal / CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL - Improcedencia de licitación / CONTRATO ESTATAL - Servidor público no puede participar en licitaciones o concursos / INHABILIDAD DE SERVIDOR PUBLICO - Contratación estatal. De conformidad con el artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos no pueden "participar en licitaciones o concursos" para celebrar contratos con entidades estatales, mientras permanezcan en sus empleos. Cuando una entidad estatal requiere públicamente servicios profesionales, está citando a concurso y en él no pueden participar los servidores públicos. Tampoco puede la entidad pública seleccionar para celebrar contrato a quien se encuentre vinculado con el Estado en carácter de servidor público. El servidor público no puede participar en el concurso mientras conserve su vinculación con el Estado por estar legalmente inhabilitado; igualmente lo está para celebrar contratos, salvo expresa excepción legal. (Subraya fuera de texto)

Se entiende entonces, partiendo de la concepción y el fin de las inhabilidades e incompatibilidades ya expuestos, en conjunto con lo ordenado por la Ley [80](#) de 1993, y normas que la modifican, adicionan o complementan, frente a los procesos de contratación estatal, como las inhabilidades e incompatibilidades precitadas en materia contractual son tratadas como una especie de "requisitos previos" a la participación en licitaciones y para celebrar contratos con el Estado en sus distintas modalidades, los cuales deben ser verificados por el competente al interior de la entidad dependiendo de la modalidad contractual, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal.

De otra parte, efectivamente establece el numeral 4o del artículo 183 de la Ley 1801 de 2016, "por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia", lo siguiente:

ARTÍCULO 183. Consecuencias por el no pago de multas. Si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona no podrá:

1. Obtener o renovar permiso de tenencia o porte de armas.
2. Ser nombrado o ascendido en cargo público.
3. Ingresar a las escuelas de formación de la Fuerza Pública.

4. Contratar o renovar contrato con cualquier entidad del Estado.

5. Obtener o renovar el registro mercantil en las cámaras de comercio.

Las autoridades responsables de adelantar los trámites establecidos en el presente artículo deberán verificar que la persona que solicita el trámite se encuentra al día en el pago de las multas establecidas en el presente Código. Los servidores públicos que omitan esta verificación incurrirán en falta grave y a los que no ostenten esta calidad se les aplicará la multa tipo 4.

Parágrafo. El cobro coactivo de que trata la presente ley se regulará por lo dispuesto en el artículo 100, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011. (Subraya fuera de texto)

Colombia Compra Eficiente, en el Concepto radicado No. 2201713000000366, señaló:

[...] En consecuencia, de la redacción del artículo es posible establecer que la inhabilidad prevista en el numeral 4 sólo aplica para las multas de la Ley 1801 de 2016, y la inhabilidad se configura sólo hasta el 29 de julio de 2017, dado que el Código entra a regir el 29 de enero de 2017, y los particulares deben estar 6 meses en mora en el pago de la multa, es decir, el 29 de julio de 2017.

El Código Nacional de Policía establece, además de la inhabilidad del numeral 4, artículo 183, señalado en la consulta, el procedimiento que debe adelantar la entidad contratante, el cual debe estar incluido en la actuación contractual cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos que habilitan a un aspirante en el proceso contractual. Lo anterior permite señalar que se cumple con los requisitos de existencia de una inhabilidad y es ser expresamente consagrada por el legislador. Es así como el inciso final del artículo mencionado dispone:

[...] Las autoridades responsables de adelantar los trámites establecidos en el presente artículo deberán verificar que la persona que solicita el trámite se encuentra al día en el pago de las multas establecidas en el presente Código. Los servidores públicos que omitan esta verificación incurrirán en falta grave y a los que no ostenten esta calidad se les aplicará la multa tipo 4.

De acuerdo con la norma precitada, teniendo en cuenta que, como se explicó antes, la inhabilidad no se declara, al adelantarse un proceso contractual el comité de evaluación o el responsable del proceso dependiendo de la modalidad contractual, debe verificar que el proponente o aspirante a contratarse con el Estado, no tenga pagos pendientes por las multas establecidas en el Código Nacional de Policía.

Colombia Compra Eficiente, en cuanto a inhabilidades sobrevinientes, en el Concepto No. 215130008303, señaló:

[...] Cuando una inhabilidad sobreviene en un contratista y este continua la ejecución del contrato sin poner en conocimiento de la Entidad Estatal tal situación, sin que la Entidad tenga conocimiento de la misma, no hay lugar a la restitución de las contraprestaciones pagadas ni a la nulidad del contrato por cuanto ese efecto solo se genera cuando la inhabilidad se presente al momento de la suscripción del contrato. No obstante, esta actuación del contratista constituye un incumplimiento del contrato por cuanto vulnera el deber de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales. (Subraya fuera de texto)

Es preciso recordar como también lo indica la Entidad descentralizada precitada que:

-Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las Cámaras de Comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes en los contratos que haya suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo [6](#) de la Ley 1150 de 2007.

-El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma.

-Son inhábiles para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con las entidades estatales, entre otros: c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

-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.

-Respecto al efecto de la inhabilidad sobreviviente el Consejo de Estado mediante Sentencia No. 25000-23-26-000-1999-02197-01(25646) de fecha 13 de noviembre de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, señaló:

[...]Por el contrario, para aquellos otros casos en los que el correspondiente contrato estatal se hubiere celebrado con una persona que, al momento de dicha celebración, no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, pero a quien con posterioridad le sobreviene una de tales causales, la ley establece y determina efectos diferentes a los de la nulidad del vínculo, los cuales en nada inciden sobre su validez, como son los de tener que ceder el contrato o, si ello no resulta posible, renunciar a su ejecución. Así lo regula de manera expresa y precisa el artículo [9](#) de la citada Ley 80 (...). De la norma legal en cita –bueno es reiterarlo–, se desprende sin lugar a la menor hesitación, que la configuración sobreviniente de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad respecto del contratista particular, de ninguna manera genera la nulidad absoluta del contrato sino que, por el contrario, abre paso a la observancia de una consecuencia diferente, cual es la obligación de proceder a la cesión del contrato –previa aprobación expresa y escrita de la entidad estatal contratante– o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución. Por lo tanto, la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.

- INHABILIDAD LEY 1474 DE 2011-ARTÍCULO [4](#)

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”, en su artículo [4](#) reza:

ARTÍCULO [4](#)o. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo [8](#)o 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. (Subraya fuera de texto)

Este artículo, que adiciona el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, fue declarado exequible, mediante la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-257 de 2013. Estableció la Corte Constitucional en esta oportunidad:

[...] La Corte Constitucional ha señalado sistemáticamente que el artículo [123](#) de la Carta Política prescribe que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En esa dirección, el numeral 23 del artículo [150](#) establece que el legislador expedirá las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (i) De acuerdo con las normas citadas, es competencia del legislador regular la función pública y establecer los requisitos, exigencias, condiciones o calidades que deben reunir las personas que aspiran a ejercerla, así como el régimen disciplinario y el de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que ellas están sujetas. (ii) El ejercicio de esta potestad del legislador tiene como misión proteger el interés general, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo [209](#) Superior, y buscar el aseguramiento de los fines esenciales del Estado, establecidos en el artículo [2](#) de las Constitución. En concreto, el artículo [209](#) precitado establece una serie de principios que irradian el ejercicio de la función administrativa: los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (iii) Con el fin de asegurar el cumplimiento de estos principios, el Constituyente permitió que el legislador definiera estrictas reglas de conducta dirigidas a garantizar la moralidad pública y el ejercicio de las funciones atribuidas a los servidores públicos, bajo el parámetro de la defensa del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado (Arts. [122](#), [124](#) a [129](#) C.P.). (iv) En concordancia con lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico ha ido configurando un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, dirigido a impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no observen las condiciones establecidas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público. De la misma manera, la regulación de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, persigue evitar cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos al limitar el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos. (v) Específicamente, sobre la posibilidad que tiene el legislador para definir el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, la Corte ha señalado, en pronunciamientos de diverso orden, que éste goza de un amplio margen de configuración. (vi) A pesar de lo anterior, el ejercicio de esta potestad legislativa se encuentra atada a límites ciertos y determinados: de un lado, aquellos fijados de manera explícita por la Carta Política en clave de valores, principios y derechos, y en particular, los establecidos en los artículos [13](#), [25](#), [26](#) y [40-7](#). De otro lado, la Corte ha indicado que el Legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o incluso para regular su alcance no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En particular, sobre este último aspecto la Corte ha indicado que la razonabilidad y la proporcionalidad tienen como punto de referencia la prevalencia de los principios que rigen la función pública (art. [209](#) CP). En este orden de ideas, de acuerdo con los lineamientos definidos por la jurisprudencia, la valoración constitucional de toda prohibición, inhabilidad o incompatibilidad tendrá como presupuesto la realización material de los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública.

[...] PROHIBICIÓN PARA EX SERVIDORES PUBLICOS DURANTE DOS AÑOS DESPUÉS DE LA DEJACIÓN DEL CARGO-Exequibilidad condicionada de la expresión “asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”, contenida en el artículo [3](#) de la Ley 1474 de 2011. (Subraya fuera de texto)

Dentro de la anterior sentencia, el Ministerio Público solicitó su exequibilidad, pues en relación con la prohibición contenida en el artículo [4](#) de la Ley 1474 de 2011 manifiesta que se enmarca dentro de una garantía razonable para asegurar los principios constitucionales de imparcialidad y de transparencia en la contratación estatal dada la capacidad que tienen los servidores públicos del nivel directivo, incluso una vez dejado su cargo, para incidir en determinados sectores y decisiones de la entidad en la cual prestaron sus servicios.

Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional, en reiterar 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”. (C-257 de 2013)

Como a bien señala la providencia precitada, la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizarlos 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.

Sea del caso mencionar, como lo hace la jurisprudencia constitucional, que tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Así no hay duda que para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo [4](#) de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal f) al numeral 2 del artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

La anterior hipótesis es distinta, aclaró la Corte Constitucional en su momento, a la del ex servidor público que tiene la condición de directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Colombia Compra eficiente señaló respecto al artículo [4](#) encita:

[...] 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 (artículo [4](#) Ley 1474 de 2011). Esta incompatibilidad se extiende por el término de dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

A este respecto, vale la pena recordar que por sector administrativo se entiende el conjunto de entidades públicas compuesto por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a un área (Artículo [42](#) Ley 489 de 1998).

Lo anterior ratifica el hecho que configura la inhabilidad para contratar con el Estado.

Ahora bien, es preciso señalar que solamente el SENA celebra contratos de aprendizaje y por lo tanto cuenta con aprendices; en este orden de ideas, surge la necesidad de contratar el transporte de aquellos como se informa. Lo anterior aunado al hecho, de que los Subdirectores de Centro, cargo directivo o de dirección en el SENA, específicamente en los Centros de Formación, tienen delegada la ordenación del gasto, de acuerdo con la Resolución No. [054](#) de 2018 y demás normas concordantes.

C) CONCLUSIONES

-Las inhabilidades e incompatibilidades del artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, no requieren ser declaradas por autoridad judicial ni administrativa, sino que son verificadas al interior de cada entidad pública al iniciar el proceso de contratación estatal, revisión de requisitos que se realiza dependiendo del tipo de contratación.

-La inhabilidad consagrada en el artículo 183 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía, también es consagrada como aquella que debe ser verificada por la entidad contratante so pena de responsabilidad disciplinaria y las demás que se deriven de la conducta.

-Dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y las sociedades en las cuales dichos ex directivos, a sus parientes próximos, hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos (2) años siguientes a su retiro. (Subraya fuera de texto)

-Incluso, de acuerdo con el artículo [8](#), numeral 2, literal a), de la Ley 80 de 1993, “[...] Tampoco podrán participar en licitaciones 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. [...]” (Subraya fuera de texto)

-De otra parte, vale la pena recordar de acuerdo con el artículo [67](#) del Código de Procedimiento Penal (Ley [906](#) de 2004), el artículo [70](#) del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y con el artículo [8](#) de la Ley 610 de 2000 en lo que se refiere a la responsabilidad fiscal, el deber que existe de denunciar, poner en conocimiento del competente hechos constitutivos de falta disciplinaria o de responsabilidad fiscal”.

-Una vez verificados los supuestos normativos enunciados, opera la inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado.

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

Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996; el texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 489 de 1996.
2. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994. El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo. La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007. Ver el art. 4, Decreto Nacional 679 de 1994, Ver el Concepto de la Sec. General 1045 de 1995.
3. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994. La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.
4. La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.
5. La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.
6. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 429 de 1997. Ver los Conceptos del Consejo de Estado 761 de 1995 y 925 de 1996.
7. Colombia Compra Eficiente. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. Inhabilidades e incompatibilidades.



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)



logo