



CGR-OJ- 173 - 2022

80112 –

Bogotá D.C.,

Señor
ANTONIO CASTRO BUITRAGO
hibague@gmail.com

Referencia: Respuesta a su consulta radicada en la CGR con SIGEDOC N°
2022ER0133350 y SIPAR N° 2022-247727-82111-CO.
Tema: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR
CON EL ESTADO.

Respetado señor Castro:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia, que procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Mediante comunicación electrónica, eleva consulta en los siguientes términos:

“Atentamente me permito solicitar se sirvan informarme si un funcionario de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA puede realizar directamente o por medio de interpuesta persona contratos de obra o de servicios con la EMPRESA IBAGUEREÑA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P. OFICIAL / NIT 800.089.809-6 con sede en Carrera 3 No. 1-04 Barrio La Pola de la ciudad de Ibagué (Tolima).”

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, 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 ejecución¹ ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la

¹ Art. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"², así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"⁵ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"⁶.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁷, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente Doctrinal de la Oficina Jurídica.

La consulta formulada guarda relación con la consulta atendida mediante el concepto No. CGR-OJ-056-2021 con SIGEDOC No. 2021EE0067074 y, el cual puede ser consultados en nuestra página web www.contraloria.gov.co, en el aplicativo institucional SINOR (Normatividad y Relatoría).

3. Consideraciones jurídicas.

4.1. Problema Jurídico.

De la consulta formulada se encuentra que el problema jurídico a analizar es:

² Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

³ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43 Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

Un funcionario de la Contraloría General de la República puede celebrar contratos 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.

4.2 Servidores públicos. - Contraloría General de la República

Los Servidores Públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

4.2.3 Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de Servidores Públicos para Contratar con el Estado- Ley 80 de 1993.

En primera instancia, se señala que los funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría General de la República están sujetos a los mismos impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades prescritos por la Ley para los servidores públicos en general.

Ahora bien, al respecto de su inquietud el artículo 127 de la Constitución Política señala expresamente la prohibición de los servidores públicos para contratar con el estado, en los siguientes términos:

“ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. (..)”

De acuerdo con el artículo anterior por regla general a los servidores públicos les está prohibido celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contratos con el Estado.

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades para servidores públicos previstas por el legislador, el literal f del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993⁸ señala:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

⁸ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>
Son inhábiles para participar en licitaciones ~~o concursos~~ y para celebrar
contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)” (Resaltado fuera del texto original)

De acuerdo con el precepto jurídico, se encontrarán inhabilitados para contratar con el Estado, las personas cuyas situaciones se enmarquen dentro de las causales establecidas en el artículo ibidem, dentro de los cuales se encuentran quienes hayan sido previamente inhabilitadas, los servidores públicos, los que hayan desempeñado cargos del nivel directivo, los parientes de aquellos, entre otros.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil⁹, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, artículo 8o., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) **Los servidores públicos**". (...)

Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

En cuanto a los servicios, basta referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los

⁹ Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social.” (Resaltado fuera de texto).

En efecto de conformidad con las normas y la jurisprudencia citadas, los servidores públicos no pueden celebrar ningún tipo de contrato, con ninguna entidad estatal de cualquier nivel ya sea nacional, departamental, distrital o municipal, toda vez que se encuentran inmersos en la inhabilidad establecida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁰, para contratar con el Estado. Las excepciones se encuentran previstas en el artículo 10 de la norma señalada.

Por otro lado, la Ley 1474 de 2011¹¹ adicionó el literal f) al numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

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

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

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

Al respecto, la sentencia C- 257 de 2013¹², señaló lo siguiente:

“En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores

¹⁰ Ley 80 de 1993

¹¹ “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.”

¹² Conjuez Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos -**puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció,** con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

(...)

Esta hipótesis es distinta, se aclara, 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.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de ese Alto Tribunal resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades de las que estos o sus parientes hagan parte, y la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos.

Finalmente, se reitera que de conformidad con los numerales 4° y 16 del artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, la Oficina Jurídica de la Contraloría General, tiene a su cargo absolver consultas de las dependencias internas y contralorías territoriales, de la ciudadanía y de las entidades vigiladas, función que se concentra en la interpretación y aplicación general de las disposiciones legales del ámbito de actuación de este ente de control.

La función consultiva de la Oficina Jurídica, de acuerdo con la circular 018 de 2016, expedida por el Contralor General de la República no está concebida para resolver los asuntos que, en casos particulares y concretos, deben ser conocidos y decididos por los funcionarios competentes en cada área.

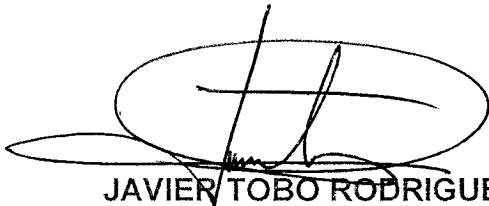
Por lo anterior este concepto no comprende la solución directa de un problema específico, ni el análisis de actuaciones particulares, así tampoco es de obligatorio cumplimiento o ejecución¹³ ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo puede ser utilizado para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

5. Conclusiones.

5.1 Por mandato constitucional los servidores públicos, no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, ningún tipo de contrato con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

5.2 Los funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría General de la República están sujetos a las mismas, inhabilidades e incompatibilidades y prohibiciones prescritas por la Ley para los servidores públicos en general.

Cordialmente,



JAVIER TOBO RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Alejandra Aldana Forero
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. SIGEDOC 2022ER0133350
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.

¹³ Art. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.