

INHABILIDADES — Límites a la capacidad

En la contratación estatal, la *capacidad jurídica* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en el de las entidades exceptuadas de aquel. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales – como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales

INHABILIDADES — Interpretación restrictiva — Principio *pro libertate*

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. [...]

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto – Objeto

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico regulado en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel que «celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable». La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Género – Servicios Profesionales –Apoyo a la gestión – Trabajos artísticos – Especie

Como especies del género *prestación de servicios*, se incluyen los *contratos de prestación de servicios profesionales*, los *contratos de prestación de servicios apoyo a la gestión* y los *contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*. [...]

En este sentido, el contrato de prestación de servicios *profesionales* se caracteriza porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la persona natural o jurídica a contratar, de manera que se trata de un *saber intelectual cualificado*. En cambio, los contratos de prestación de servicios de *apoyo a la gestión* y de *servicios artísticos* no involucran ese conocimiento profesional o especializados para su ejecución. En los de apoyo a la gestión

el contratista desempeña un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, en donde «lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas». Igualmente, en el contrato de prestación de servicios artísticos lo prevalente es que la persona que lo ejecute se trate de un artista, es decir, «una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos», en donde es indiferente el carácter de profesional.

EDUCACION SUPERIOR – Formación Técnica profesional – Formación Tecnológica – Formación Profesional

La educación superior desarrollada por la Ley 30 de 1992, se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y, conforme al artículo 1, tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional, y consta de dos (2) niveles de formación: formación en pregrado y formación en postgrado. Conforme el artículo 9 *ibidem*, los programas en pregrado «preparan para el desempeño de ocupaciones, para el ejercicio de una profesión o disciplina determinada, de naturaleza tecnológica o científica o en el área de las humanidades, las artes y la filosofía». Esta tiene tres niveles de formación, conducentes a títulos: Formación Técnica Profesional, Formación Tecnológica y Formación Profesional. A su vez la Formación en Postgrado conduce a la obtención de títulos a nivel de Especialización, Maestría y Doctorado. [...]

De acuerdo con el marco normativo expuesto y el contenido de la sentencia de unificación, corresponde a las entidades públicas definir en cada caso concreto la forma de contratación de prestación de servicios aplicable a cada modalidad de título de educación superior. Lo anterior, considerando que la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública.

INHABILIDADES – Artículo 33 Ley 1778 de 2016 – Alcance – Excepción

La causal de inhabilidad *sub examine* tiene tres reglas especiales. *Primero*, en lo que respecta al ámbito de aplicación material, la misma cobija a las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. [...] *Segundo*, referente el ámbito de aplicación temporal, esta inhabilidad se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas. *Tercero*, en relación al ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas [...]

Adicionalmente, la aplicación de esta inhabilidad contempla una excepción: los *contratos de prestación de servicios profesionales*. Esto significa que las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, no podrán contratar con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato, salvo que se trate de

un contrato de prestación de servicios profesionales. Para este tipo de contratación no se aplica la inhabilidad para las personas allí señaladas por disposición expresa de la norma.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]



Señor

Jhon Freddy Niño González

Sabana de Torres, Santander

Concepto C -067 de 2024

Temas:

INHABILIDADES – Límites a la capacidad / INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Principio *pro libertate* / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto – Objeto / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Género – Servicios Profesionales –Apoyo a la gestión – Trabajos artísticos – Especie / EDUCACIÓN SUPERIOR – Formación Técnica Profesional – Formación Tecnológica – Formación Profesional / INHABILIDADES – Artículo 33 Ley 1778 de 2016 – Alcance –Excepción

Radicación:

Respuesta a consulta P20240403003376

Estimado señor Niño González:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de abril de 2024. La solicitud, fue remitida a esta Agencia por el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP mediante radicado No. 20242040187391 del 1 de abril de 2024.

1. Problemas planteados

Respecto de la inhabilidad del artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, usted realiza la siguiente pregunta:

“(…) una persona que es Bachiller, técnico o tecnológico puede celebrar contratos de prestación de servicios con entidad publica (sic) habiendo

realizado aportes de mas del 2% de lo permitido por el candidato a invertir en la campaña política para la alcaldía municipal”.

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias de los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, enjuiciar la validez de la actuación de las entidades públicas o de los particulares ni, mucho menos, calificar conductas con presunta incidencia penal, fiscal o disciplinaria, especialmente, cuando existen órganos especializados para estas materias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, para responder la consulta relacionada con el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016 se analizarán los siguientes temas: i) el límite a la capacidad para participar en procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales y la interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos, ii) los contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de servicios artísticos como especies del contrato de prestación de servicios y iii) el alcance de la inhabilidad establecida en el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016 y su excepción en los contratos de prestación de servicios profesionales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual; además de ello,

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Dicho estudio se puede apreciar en los conceptos con radicados No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C-592 del 14 de septiembre de 2020, C-551 de 24 de septiembre de 2020, C-709 del 7 de diciembre de 2020, C-721 de 14 de diciembre de 2020, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-047 del 8 de marzo de 2021, C-113 del 30 de marzo de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-178 del 28 de abril de 2021, C-190 del 30 de abril de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-293 del 28 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio de 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-522 del 1 de octubre de 2021, C-128 del 25 de marzo de 2022, C-252 del 3 de mayo de 2022, C-376 del 14 de junio de 2022, C-413 del 24 de junio de 2022, C-691 del 20 de octubre de 2022, C-731 del 10 de noviembre de 2022, C-928 del 26 de enero de 2023, C-126 del 24 de abril de 2023, C-175 del 4 de mayo de 2023, C-234 del 5 de julio de 2023 y C-010 del 31 de enero de 2024, entre otros. Asimismo, en el concepto C-491 del 14 de septiembre de 2024, esta Agencia analizó la restricción contenida en el literal k) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, sobre las características de los contratos de prestación de servicios esta Agencia ha emitido los conceptos con radicado: 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201912000006434 del 30 de octubre de 2019, 4201913000006444 del 01 de noviembre de 2019, 4201913000006331 del 07 de noviembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201912000007378 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007781 del 26 de diciembre de 2019, C-047 del 19 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo de 2020, C-208 del 24 de marzo de 2020, C-005 del 11 de mayo de 2020, C-006 del 11 de mayo de 2020, C-018 del 11 de mayo de 2020, C-138 del 11 de mayo de 2020, C-053 del 12 de mayo de 2020, C-175 del 12 de mayo de 2020, C-320 del 12 de mayo de 2020, C-255 del 12 de mayo de 2020, C-282 del 12 de mayo de 2020, C-238 del 18 de mayo de 2020, C-260 del 18 de mayo de 2020, C-288 del 21 de mayo de 2020, C-293 del 12 de mayo de 2020, C-313 del 21 de mayo de 2020, C-345 del 21 de mayo de 2020, C-359 del 04 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020 C-685 del 18 de diciembre de 2020, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-106 del 7 de abril de 2021, C-181 del 07 de abril de 2022, C-214 del 22 de abril de 2022, C-491 de 01

de agosto de 2022, C- 936 de 19 de diciembre de 2022, C- 057 de 29 de marzo de 2023, C-102 de 5 de mayo de 2023, C-135 de 25 de mayo de 2023, C-178 de 8 de junio de 2023, C-192 de 13 de junio de 2023, C-334 de 17 de agosto de 2023, C-420 de 10 de octubre de 2023, C-443 de 21 de octubre de 2023, C-463 del 22 de noviembre de 2023 y C-472 del 11 de diciembre de 2023, entre otros². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos

En la contratación estatal, la *capacidad jurídica* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³ como en el de las entidades exceptuadas de aquel⁴. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales⁵.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha

² Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de Colombia Compra Eficiente en el siguiente enlace: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: "Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

"Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más".

⁴ El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

"1o.) que sea legalmente capaz.

[...]

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra".

⁵ En tal sentido, José Luis Benavides comenta que "Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: el *régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)" (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o “neopunitivo”⁶. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*⁷. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, “[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”⁸. Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”⁹. En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una

⁶ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

⁷ Ibid., p. 69.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento¹⁰.

También ha dicho que:

[...] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 *ibid.*); [...] ¹¹.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz.

inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)¹².

De igual forma, conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de punición por indignidad política –pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia¹³.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–. A su turno, las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades-requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

Al margen de la clasificación mencionada, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. En este sentido, la aplicación de las inhabilidades debe apegarse estrictamente a lo consagrado en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferente a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado.

2.2. Los contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de servicios artísticos como especies del contrato de prestación de servicios

¹² *Ibid.*

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico regulado en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel que “celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa. Así lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007:

La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

A partir de las disposiciones citadas y de los pronunciamientos judiciales más destacados sobre el tema, es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Solo puede celebrarse para realizar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con aquellas, la entidad estatal debe justificar, en los estudios previos, que las actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”. Esto sucede en varios eventos, por ejemplo, cuando no exista personal de planta para ejecutar las labores; o existiendo, está sobrecargado de trabajo, necesitando apoyo externo; o habiendo personal de planta, carece de la experticia o conocimiento especializado, razón por la cual es necesario contratar los servicios de una persona natural que tenga el conocimiento y la experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo¹⁴ en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”. Este inciso, más que un enunciado que aluda al “ser”, se refiere al “deber ser”, pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como “trabajador independiente” –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral¹⁵.

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es *de realidad*, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que “las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada”¹⁶.

iv) Deben ser temporales. Así lo consideró la Corte Constitucional en la misma providencia a la que se aludió antes, expresando que:

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y

¹⁴ El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: “1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

¹⁵ En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: “Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[...].”.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara.

permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente¹⁷.

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos¹⁸.

Debe aclararse que no debe suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, la construcción de una obra.

vi) Para celebrarlo no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa¹⁹.

vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas por naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993²⁰.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: "Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

"Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

"Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

¹⁹ Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: "La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

"1. La causal que invoca para contratar directamente.

"2. El objeto del contrato.

"3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

"4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

"Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto".

²⁰ La norma expresa: "Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[...]

20. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

viii) No es obligatorio liquidar estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993²¹.

ix) Para celebrarlos no se requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007²².

x) No es necesario que el Estado exija garantías²³.

Ahora bien, como especies del género *prestación de servicios*, se incluyen los *contratos de prestación de servicios profesionales*, los *contratos de prestación de servicios apoyo a la gestión* y los *contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*²⁴. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios profesionales con las otras dos especies del género en el cual se ubican, radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al explicar que:

Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como

[...].

²¹ La norma dispone: "La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión".

²² Según dicho artículo: "Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[...].

²³ Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlos o no debe estar en los estudios y documentos previos».

²⁴ El Decreto 1082 de 2015 lo establece de la siguiente manera: "Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

"Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

"La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos".

profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional²⁵.

Lo expuesto, según la jurisprudencia citada, se diferencia del objeto del *contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión*, en los siguientes aspectos:

Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación²⁶.

En relación con el *contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*, señala la mencionada decisión judicial lo siguiente:

Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocida como realizador o productor de arte o trabajos artísticos²⁷.

En este sentido, el contrato de prestación de servicios *profesionales* se caracteriza porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la persona natural o jurídica a contratar, de manera que se trata de un *saber intelectual cualificado*. En cambio, los contratos de prestación de servicios de *apoyo a la gestión* y de *servicios artísticos* no involucran ese conocimiento profesional o especializados para su ejecución. En los de apoyo a la gestión el contratista desempeña un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

soporte, en donde “lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas”. Igualmente, en el contrato de prestación de servicios artísticos lo prevalente es que la persona que lo ejecute se trate de un artista, es decir, “una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos”, en donde es indiferente el carácter de profesional.

En este contexto, también resulta pertinente referenciar el Sistema Educativo Colombiano. De conformidad con la Ley 115 de 1994, “Por la cual se expide la Ley General de Educación”, este sistema ostenta una estructura conformada por la *Educación Formal*, la *Educación para el trabajo y desarrollo humano (Educación no formal)*²⁸, y la *Educación Informal*²⁹. La *Educación Formal* es aquella que se imparte en instituciones aprobadas por el Estado, en una secuencia regular de niveles, sujeta a pautas curriculares progresivas, y que conduce a la obtención de títulos. Tal como lo establece la Ley General de Educación, se compone de tres niveles de educación: preescolar, básica y media.

Por su parte, la educación superior desarrollada por la Ley 30 de 1992, se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y, conforme al artículo 1, tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional, y consta de dos (2) niveles de formación: formación en pregrado y formación en postgrado. Conforme el artículo 9 *ibidem*, los programas en pregrado “preparan para el desempeño de ocupaciones, para el ejercicio de una profesión o disciplina determinada, de naturaleza tecnológica o científica o en el área de las humanidades, las artes y la filosofía”. Esta tiene tres niveles de formación, conducentes a títulos: Formación Técnica Profesional, Formación Tecnológica y Formación Profesional. A su vez la Formación en Postgrado conduce a la obtención de títulos a nivel de Especialización, Maestría y Doctorado.

El nivel de formación superior es prestado por las Instituciones de Educación Superior, que se encuentran constituidas por las Instituciones Técnicas Profesionales, las Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas, y las Universidades. De acuerdo con los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 30 de 1992 se definen en los siguientes términos:

²⁸ De conformidad con el artículo 36 de la Ley 115 de 1994 “La educación no formal es la que se ofrece con el objeto de complementar, actualizar, suplir conocimientos y formar en aspectos académicos o laborales sin sujeción al sistema de niveles y grados establecidos en el artículo 11 de esta Ley”.

²⁹ La oferta de educación informal tiene como objetivo brindar oportunidades para complementar, actualizar, perfeccionar, renovar o profundizar conocimientos, habilidades, técnicas y prácticas. Este es un conocimiento libre y espontáneo adquirido, proveniente de personas, entidades, medios de comunicación masiva, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados.

Artículo 17. Son instituciones técnicas profesionales, aquellas facultadas legalmente para ofrecer programas de formación en ocupaciones de carácter operativo e instrumental y de especialización en su respectivo campo de acción, sin perjuicio de los aspectos humanísticos propios de este nivel.

Artículo 18. Son instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, aquellas facultadas para adelantar programas de formación en ocupaciones, programas de formación académica en profesiones o disciplinas y programas de especialización.

Artículo 19. Son universidades las reconocidas actualmente como tales y las instituciones que acrediten su desempeño con criterio de universalidad en las siguientes actividades: La investigación científica o tecnológica; la formación académica en profesiones o disciplinas y la producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional.

Además, son las encargadas del otorgamiento de los títulos de la educación superior, definido por el artículo 24 de la Ley 30 de 1992 como «el reconocimiento expreso de carácter académico, otorgado a una persona natural, a la culminación de un programa, por haber adquirido un saber determinado en una Institución de Educación Superior. Tal reconocimiento se hará constar en un diploma». En este sentido, los programas académicos que comprende la educación superior, particularmente en los niveles de Formación de Pregrado, tienen la siguiente nominación de acuerdo con su campo de acción: cuando son ofrecidos por una Institución Técnica Profesional, conducen al título en la ocupación o área correspondiente. Al título deberá anteponerse la denominación de: “Técnico Profesional en ...”; los ofrecidos por las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, o por una universidad, conducen al título en la respectiva ocupación, caso en el cual deberá anteponerse la denominación de “Técnico Profesional en...”. Si hacen relación a profesiones o disciplinas académicas, al título podrá anteponerse la denominación de: “Profesional en ...” o “Tecnólogo en...”.

De acuerdo con el marco normativo expuesto y el contenido de la sentencia de unificación, corresponde a las entidades públicas definir en cada caso concreto la forma de contratación de prestación de servicios aplicable a cada modalidad de título de educación superior. Lo anterior, considerando que la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Por ello, previa valoración por parte de los órganos asesores del riesgo implícito en la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales con técnicos y tecnólogos, estos temas son competencia exclusiva de las entidades contratantes.

2.3 Alcance de la inhabilidad establecida en artículo 33 de la Ley 1778 de 2016 y su excepción en los contratos de prestación de servicios profesionales

La Ley 80 de 1993 consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; sin embargo, las causales o eventos vigentes no se encuentran de manera exclusiva en este cuerpo normativo sino en diferentes disposiciones que hacen parte del sistema de compra pública. Muestra de ello es el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, que establece la siguiente causal de inhabilidad:

Artículo 33. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. Modifica el Artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 2°. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) 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 personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

Según se observa esta causal de inhabilidad consagra tres reglas especiales. *Primero*, y en lo que respecta al ámbito de aplicación material, la misma cobija a las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Así, la causal únicamente opera cuando el monto de los aportes a invertir en las campañas electorales en

cada circunscripción electoral sea superior al 2.0%, de manera que, si los aportes son inferiores a ese porcentaje no se aplica dicha inhabilidad. Estos límites, según lo que se deriva del artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, “[...] serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas [...]”. Segundo, referente al ámbito de aplicación temporal, esta inhabilidad se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas.

Tercero, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende: i) a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas; ii) a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de la persona que financió la campaña política; y iii) a quienes se encuentren dentro del primer grado de parentesco civil con la persona que financió la campaña política.

De acuerdo a lo dicho en el párrafo precedente, se configura la inhabilidad para contratar con el Estado para el aportante a la campaña y las personas que tengan, respecto de este, alguno de los siguientes vínculos: hasta el segundo de consanguinidad, esto es, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos; hasta el segundo de afinidad, es decir, padres, hermanos, abuelos, hijos y nietos del cónyuge o compañero o compañera permanente de la persona que realizó aportes a la campaña, siempre que el aporte efectuado cumplan con la primera regla mencionada y hasta el primer grado civil, esto es, hijos o padres adoptados o adoptantes, respectivamente.

Adicionalmente, la aplicación de esta inhabilidad contempla una excepción: los *contratos de prestación de servicios profesionales*. Esto significa que las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, no podrán contratar con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato, salvo que se trate de un contrato de prestación de servicios profesionales. Para este tipo de contratación no se aplica la inhabilidad para las personas allí señaladas por disposición expresa de la norma.

A este respecto, cabe recordar que las normas que regulan inhabilidades, como es el caso del artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, son de interpretación

restrictiva, tal y como lo han considerado pacíficamente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y como lo ha expuesto esta Subdirección en diferentes conceptos. De esta manera, esta inhabilidad, como todas las demás contenidas en el ordenamiento jurídico, debe ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos.

En tal sentido, la excepción consagrada en el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016 únicamente cubre al contrato de prestación de servicios profesionales y, por ende, se excluyen de este alcance las demás especies del contrato de prestación de servicios determinadas por la Ley y por la jurisprudencia, es decir, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los de prestación de servicios de trabajos artísticos.

En efecto, conforme se explicó en el acápite anterior, de acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, tanto los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios profesionales, como los que versan sobre el apoyo a la gestión y los trabajos artísticos, se subsumen en el género del contrato de prestación de servicios definido en la Ley 80 de 1993. Para el momento que se consagró esta causal de inhabilidad en la Ley 1474 de 2011, se encontraba vigente el Decreto Reglamentario 2474 del 2008, cuyo artículo 82 regulaba tanto los contratos de prestación de servicios profesionales como los de apoyo a la gestión, y los de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011, únicamente hace referencia a los contratos de prestación de servicios profesionales, dejando de lado las demás especies de contratos de prestación de servicios. Esto a su vez fue replicado en la modificación que se realizó a esta causal de inhabilidad en el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016. De ahí se desprende que la intención del legislador era consagrar como excepción a esta inhabilidad únicamente a los contratos de prestación de servicios profesionales, no a las demás especies del contrato de prestación de servicios.

Bajo este contexto, de acuerdo con lo expresamente dispuesto en el inciso final del artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, las entidades podrán contratar a las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, únicamente tratándose de contratos de prestación de servicios profesionales.

3. Respuestas

“(…) una persona que es Bachiller, técnico o tecnológico puede celebrar contratos de prestación de servicios con entidad pública (sic) habiendo

realizado aportes de mas del 2% de lo permitido por el candidato a invertir en la campaña política para la alcaldía municipal”.

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, la causal de inhabilidad *sub examine* tiene tres reglas especiales. *Primero*, en lo que respecta al ámbito de aplicación material, la misma cobija a las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República con aportes superiores al 2.0% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Así, la causal únicamente opera cuando el monto de los aportes a invertir en las campañas electorales en cada circunscripción electoral sea superior al 2.0%, de manera que, si los aportes son inferiores a ese porcentaje no se aplica dicha inhabilidad. *Segundo*, referente el ámbito de aplicación temporal, esta inhabilidad se extiende durante todo el periodo para el cual el candidato fue elegido, esto es, por el periodo constitucional del presidente, los gobernadores y alcaldes o los congresistas.

Tercero, en relación al ámbito subjetivo de aplicación de la causal de inhabilidad, se tiene que la causal en comento cobija al aportante a las respectivas campañas políticas, tanto a personas naturales como jurídicas; pero también se extiende: i) a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes, hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas; ii) a las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, respecto de la persona que financió la campaña política; y iii) a quienes se encuentren dentro del primer grado de parentesco civil con la persona que financió la campaña política.

La aplicación de esta inhabilidad contempla una excepción: los *contratos de prestación de servicios profesionales*. En este tipo de contratación no se aplica la inhabilidad para las personas allí señaladas por disposición expresa de la norma. Para estos efectos, de acuerdo con el marco normativo expuesto en el acápite 2.2 y el contenido de la sentencia de unificación, corresponde a las entidades públicas definir en cada caso concreto la forma de contratación de prestación de servicios aplicable a cada modalidad de título de educación superior. Lo anterior, considerando que la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Por ello, previa valoración por parte de los órganos asesores del riesgo implícito en la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales con técnicos y tecnólogos, estos temas serán de competencia exclusiva de las entidades contratantes.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Carlos Mario Castrillon Endo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE