



FORMATO PQRS

CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Limitación de la capacidad

En la contratación estatal, la *capacidad* 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 –, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales.

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual, como se desarrolló en el numeral 2.1. de este concepto. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos.

RÉGIMEN DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD – Concepto

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos.



FORMATO PQRSD

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Interpretación restrictiva

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. En efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, 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.

PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR – Incompatibilidad - Exservidores Públicos - Exconcejales

La noción de incompatibilidad, conforme se expresó, se refiere a una prohibición de efectuar una determinada actuación o contratación, por parte de un servidor público. En otras palabras, consiste en una prohibición de realizar una actividad o una gestión de manera simultánea con el ejercicio de un cargo público, o como señala el doctor Atehortúa Ríos, “la incompatibilidad es una no concurrencia, que impide dos cosas a un mismo tiempo”.

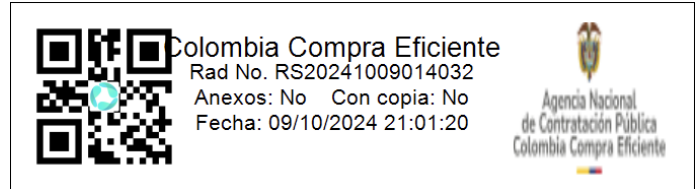
En ese sentido es preciso indicar que al momento de perder la calidad de concejal, por la terminación del periodo constitucional, no hay limitación o impedimento alguno, para que el ciudadano pudiese ser contratado por la entidad territorial donde ejerció el cargo, salvo otras circunstancias propias que deberá constatar la entidad respecto de cumplimiento de requisitos, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés entre otros que permitan verificar la idoneidad y experiencia requerida para suscripción del contrato.

A diferencia de las inhabilidades que son situaciones anteriores a la elección, nombramiento o contratación, las incompatibilidades son posteriores en el tiempo y suponen que el elegido, nombrado o contratado tiene unas calidades previas pero incurre en unas causales específicas de prohibición que pueden generar la imposición de una sanción.

FORMATO PQRSD

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

Señor (a)
velascobur@gmail.com
Bogotá D.C.



Concepto C-529 de 2024

Temas: CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Limitación de la capacidad / RÉGIMEN DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD – Concepto / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Interpretación restrictiva / PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR – Incompatibilidad - Exservidores públicos – Exconcejales

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. P20240829008772

Estimado (a) señor (a):

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud trasladada por la Procuraduría General de la Nación, con radicado S-2024-038486 del 29 de agosto de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“¿Un exconcejal que estuvo vinculado en el periodo constitucional inmediatamente anterior como Concejal municipal, para el periodo (2020 a diciembre de 2023) y suscribe un contrato de servicios profesionales con el mismo municipio, en el mes de enero de 2024, transcurriendo un mes de su salida como Concejal Municipal. Para tal efecto el Exconcejal estaba dentro del régimen de incompatibilidades para suscribir contratos de servicios

FORMATO PQRSD

profesionales por tratarse del mismo municipio, conforme lo señala el ARTICULO 43 DE LA LEY 1952 DE 2019, que reza "1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio..." Para tal efecto; me despejen la inquietud de establecer, si hay incompatibilidad para Suscribir contrato del exconcejal con el municipio?. Y si existe tal impedimento cuales son las consecuencias jurídicas para el nominador como para el contratista que acepta un contrato de servicios estando en régimen de incompatibilidad".

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder 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 particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Existe inhabilidad o incompatibilidad para un exservidor público (exconcejal), una vez finalizó su periodo constitucional, de celebrar un contrato de prestación de servicios en la entidad territorial en la que ejerció tales calidades?

FORMATO PQRSD

2. Respuesta:

Un ex – servidor público (exconcejal) una vez finalizado su periodo constitucional para el cual fue elegido no se encuentra inmerso en causales de inhabilidad para la celebración de contratos de prestación de servicios con el municipio para el que fue concejal, en el entendido que las inhabilidades establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que son de aplicación restrictiva, señalan a determinados servidores públicos del orden territorial a quienes se les aplica la inhabilidad, es decir, solo comprende a quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, en la cual desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo; en ese sentido, los concejales son considerados como servidores públicos, de acuerdo con en el artículo 123 de la Constitución Política, pero dicha calidad no les confiere la condición de empleados o funcionarios públicos, pues hacen parte de una categoría denominada miembros de una corporación político administrativa, elegidos popularmente, con funciones y competencias específicas.

Si bien el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 regula una serie de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, es preciso realizar diferenciación de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 - Código Disciplinario, en el entendido que esta disposición normativa regula las incompatibilidades para desempeñar cargos públicos de determinados servidores del orden territorial a quienes les aplica; en ese orden, las disposiciones establecidas en la Ley 80 del 1993 regulan un ámbito general que debe ser considerado por las entidades del Estado para la suscripción de contratos públicos, mientras que la Ley 1952 de 2019 regula las incompatibilidades para desempeñar cargos públicos de determinados servidores públicos, los cuales en razón a su cargo están inmersos en las incompatibilidades dispuestas en el Código Disciplinario.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

En la contratación estatal, la *capacidad* es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de

FORMATO PQRSD

la Administración Pública¹ como en el de las entidades exceptuadas de aquel². Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales³.

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado⁴. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar

¹ Ley 80 de 1993: "Artículo 6. De la capacidad para contratar. 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".

² Código Civil: "Artículo 1502. Requisitos para obligarse. 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".

³ 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).

⁴ Como las señaladas a continuación: "Los servidores públicos" (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); "Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo" (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); "Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada" (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); "Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad" (art. 5, Ley 1474/11).

FORMATO PQRS

en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos⁵.

De otro lado, 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, obras 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 destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente una naturaleza sancionatoria o “neopunitiva”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 al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*⁷, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, 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.

⁵ En esta línea Dávila Vinuesa Expresa: “El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevénido podrían sugerir ideas diferentes y en consecuencia, efectos también distintos. Sin embargo, se trata de conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas. En nada afecta el calificar una causal con denominación diferente a la empleada en el texto legal, cuando mucho se criticará la falta de precisión. Ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se general para una y otra son exactamente los mismos. Incluso se podría afirmar que ante la semejanza de las figuras, conviene emplear un único vocablo, con lo cual serían innecesarias los intentos y las elucubraciones y explicaciones, algunas novedosas que podrían ensayarse”. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148).

⁶ BARRETO ROZO, 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 *Ibidem*. p. 69.

FORMATO PQRSD

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, que “[...] 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 ha acogido también 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 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

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

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

FORMATO PQRS

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 legalidad¹².

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, "[...] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos"¹³ En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que "[...] 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 [...]"¹⁴. En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

Resulta importante aclarar que el régimen jurídico de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación estatal se encuentra en los artículos 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993, en la Ley 1474 de 2011, en la Constitución Política,

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Mérida Valle De De La Hoz.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: "[...] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran" (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

FORMATO PQRS

entre otros. De manera que, como se pasa a explicar, por regla general no resulta extrapolable a la contratación estatal la normativa en materia de control disciplinario establecida en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 1952 de 2019, a excepción de las específicas establecidas en dicha normativa y en la jurisprudencia.

Por otra parte, la presente consulta se refiere a las incompatibilidades contempladas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, frente a la existencia o no de incompatibilidad de un exservidor público (exconcejal) para suscribir contrato de prestación de servicios con el municipio donde ostentó esa calidad, posterior al vencimiento de su periodo constitucional, en ese sentido establece la norma:

ARTÍCULO 43. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio:

a. Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b. Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

(...)

El numeral 1 y sus literales son esencialmente iguales a los previstos en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, en la Ley 734 se extiende la incompatibilidad "desde el momento de su elección hasta cuando esté legalmente terminado el período", mientras que el artículo 43 de la Ley 1952 lo hace "desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio".

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado 2013-00587 concluyó respecto del artículo 39 de la Ley 734 de 2002 que:



FORMATO PQRS

- i) Las incompatibilidades señaladas en el artículo 39 numeral 1, literales a y b para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales no se predicán por el desempeño de otro cargo público.
- ii) La norma tiene como finalidades:
 - a. Prevenir que el servidor público de elección popular ejerza simultáneamente con la función pública encomendada alguna práctica profesional que ponga en conflicto el interés general con el particular.
 - b. Evitar que el servidor público elegido popularmente obtenga beneficios (que pueden ser pecuniarios o no pecuniarios), dádivas, ventajas, para sí mismo o para otra persona al ejercer simultáneamente la actividad de apoderado judicial particular o gestor ante las entidades señaladas, con las funciones de servidor público elegido popularmente.
 - c. Propiciar que el servidor público elegido popularmente le dedique todo su tiempo y esfuerzo al cargo al que ha sido elegido, cumpliendo cabalmente los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y eficacia, y no defraude a la sociedad, ni la confianza ni el voto depositado por sus electores.

La noción de incompatibilidad, conforme se expresó, se refiere a una prohibición de efectuar una determinada actuación o contratación, por parte de un servidor público. En otras palabras, consiste en una prohibición de realizar una actividad o una gestión de manera simultánea con el ejercicio de un cargo público, o como señala el doctor Atehortúa Ríos, "la incompatibilidad es una no concurrencia, que impide dos cosas a un mismo tiempo"¹⁵.

En ese sentido es preciso indicar que al momento de perder la calidad de concejal, por la terminación del periodo constitucional, no hay limitación o impedimento alguno, para que el ciudadano pudiere ser contratado por la entidad territorial donde ejerció el cargo, salvo otras circunstancias propias que deberá constatar la entidad respecto de cumplimiento de requisitos, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés entre otros que permitan verificar la idoneidad y experiencia requerida para suscripción del contrato.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, exp. 2414 del 23 de abril de 2019

FORMATO PQRS

A diferencia de las inhabilidades que son situaciones anteriores a la elección, nombramiento o contratación, las incompatibilidades son posteriores en el tiempo y suponen que el elegido, nombrado o contratado tiene unas calidades previas, pero incurre en unas causales específicas de prohibición que pueden generar la imposición de una sanción.

Asimismo las incompatibilidades aseguran varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública, como la moralidad y la transparencia, entre otros, artículo 209 de la Constitución Política.¹⁶

Dicho esto, no podría el intérprete entender -sin violentar la máxima de que las incompatibilidades son de naturaleza y efectos rígidos y taxativos, y su aplicación restrictiva- que el artículo 43, numeral 1, literales a y b de la Ley 1952 de 2019, prohíbe a los exconcejales suscribir contratos de prestación de servicios con entidades públicas; teniendo en cuenta que las funciones y competencias específicas ejercidas por estos servidores comprenden las siguientes características: "i. Son miembros del Concejo. ii. Son servidores públicos, no empleados públicos. iii. Desempeñan una función pública de ámbito local. iv. Desempeñan su misión de forma colegiada. v. Accede a su función por elección directa y democrática. vi. Ejercen Control Político directo a la Administración Municipal"¹⁷.

No debe dársele a la norma un sentido del que carece, pues es claro que lo que proscribe es que los servidores departamentales, municipales y locales puedan durante el período comprendido entre su elección hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio, de manera privada y alejada de la función pública: i) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos, y ii) actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Así se desprende no solo de la lectura atenta de la norma, sino de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el artículo 39 de la Ley 734 de 2002, se repite, disposición similar al artículo 43 de la Ley 1952 de 2019.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas. Decisión del 18 de julio de 2016. Rad: 2016-00065.

¹⁷ Federación Nacional de Concejos (FENACON) <https://fenacon.com.co/concejos/>



FORMATO PQRS

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Artículo 150, 209 Constitución Política. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/constitucion-politica-de-colombia/>
- Artículos 6, 8 de la Ley 80 de 1993. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>
- artículo 43 Ley 1952 de 2019
- artículo 39 de la Ley 734 de 2002. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-general-disciplinario/>
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas. Decisión del 18 de julio de 2016. Rad: 2016-00065. Disponibles en:



FORMATO PQRSD

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias-consejo-de-estado/>

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pronunció esta Subdirección en los conceptos 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-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-639 del 27 de octubre del 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020 C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio del 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-028 del 28 de febrero de 2022, C-318 del 18 de mayo de 2022, C-252 del 30 de mayo de 2022, C-175 del 4 de mayo de 2023, C-300 de 2023, C-010 del 31 de enero de 2024, C-039 del 23 de abril de 2024 y C-381 del 5 de septiembre de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>. Te invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024, en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace : <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital/boletin-de-relatoria-2024-iv>.

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)



FORMATO PQRS

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](#)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](#)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](#)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

*original firmado
Carolina Quintero Gacharná*

Carolina Quintero Gacharná

Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Jhonattan Gualdrón Salazar
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor código T1 grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE