



## Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 867 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

SERVIDOR PÚBLICO- Inhabilidades

SERVIDOR PÚBLICO- Inhabilidades. Improcedencia de contratación con entidad estatal / CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL - Improcedencia de licitación / CONTRATO ESTATAL - Servidor público no puede participar en licitaciones o concursos / INHABILIDAD DE SERVIDOR PUBLICO - Contratación estatal

De conformidad con el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos no pueden "participar en licitaciones o concursos" para celebrar contratos con entidades estatales, mientras permanezcan en sus empleos. Cuando una entidad estatal requiere públicamente servicios profesionales, está citando a concurso y en él no pueden participar los servidores públicos. Tampoco puede la entidad pública seleccionar para celebrar contrato a quien se encuentre vinculado con el Estado en carácter de servidor público. El servidor público no puede participar en el concurso mientras conserve su vinculación con el Estado por estar legalmente inhabilitado; igualmente lo está para celebrar contratos, salvo expresa excepción legal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996)

Radicación número: 867

Actor: MINISTRO DE TRANSPORTE

Referencia: CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR SERVIDORES PÚBLICOS. INHABILIDADES (ART. 127 DE LA C. P.; LEY 80 DE 1993)

El Ministro de Transporte formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia. En cumplimiento de las funciones que le fueron encomendadas mediante Decreto 1591 del 18 de junio de 1989, viene desarrollando un proceso de negociaciones sobre bienes inmuebles transferidos por la liquidada Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia; sin embargo y atendiendo el actual estado de algunos de ellos, los cuales presentan dificultades por ocupación ilegal que impide su normal comercialización, se hizo necesario solicitar los servicios profesionales de representación judicial, tendientes a restablecer con las acciones civiles pertinentes, la titularidad y posesión de los mismos.

Para el caso, se procedió requiriendo públicamente los servicios con ese expreso propósito, tal como se establece en el aviso que se fijó en un diario de amplia circulación, el cual dice:

"Contratar servicios profesionales de representación judicial -procesos reivindicatorios- sobre bienes inmuebles de su propiedad, ubicados en los municipios y con los que a continuación se señalan:

...

...Concurrieron 16 ofertas, las cuales se recibieron en diferentes condiciones, por correo, presentación personal, en sobre abierto o cerrado, las que se analizaron de acuerdo a su contenido y se surgió en principio por parte de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones, la adjudicación de la más favorable para la entidad, ofrecimiento que fue presentado por una persona natural que actualmente se desempeña en un cargo público de una entidad del orden territorial.

Ante esta situación, se ofició al interesado comunicándole que a pesar de que su propuesta fue recomendada para la adjudicación, como servidor público está inhabilitado para contratar con el Estado, al tenor del artículo 127 de la Constitución Nacional; artículo 42 de la Ley 200 / 95 y al artículo 8º de la Ley 80 / 93.

En respuesta, el oferente manifiesta de manera enfática no estar inhabilitado para ofrecer sus servicios profesionales y expone en seis literales sus argumentos jurídicos, que comprenden entre otros aspectos, los siguientes:

-Que la inhabilidad se presenta en dos precisos momentos, uno para participar en licitaciones o concursos y otro para celebrar contratos: La oferta presentada no adquirió ese carácter, pues no se cumplió con ninguna de las reglas del artículo 30 de la Ley 80 / 93.

- Que el contrato aún no lo ha suscrito, como tampoco le ha sido oficialmente adjudicado.
- Que para la prestación de servicios profesionales se prescinde de licitación y concurso, de acuerdo con el artículo 24 de la misma ley (contratación directa), numeral 1, literal d).
- Que no toda selección objetiva es concurso, donde aquélla es un género y sus especies la licitación, el mismo concurso y la simple escogencia del ofrecimiento más favorable, donde su caso es el último.
- Que existe diferencia entre selección objetiva y el procedimiento reglado de aquélla, obligatorio sólo para licitaciones y concursos.
- Que para el caso de prestación de servicios profesionales, es aplicable el artículo 3º del Decreto 855 / 94.
- Que en materia disciplinaria la Ley 200 / 95 sólo incorpora y se remite a las inhabilidades sobre contratación, sin que exista aspecto relacionado con el asunto, únicamente la expresa prohibición del artículo 41 *ibidem*, numeral 17, incompatibilidad que no se da.
- Que le asiste el derecho al trabajo, artículo 28 C. N.
- Que se ampara igualmente en el principio de la buena fe, artículo 83 C. N. y 28 de la Ley 80 / 93. (Anexo 3).

Se consulta en relación con lo expuesto:

1. ¿Constituye inhabilidad el hecho de que un funcionario haga ofrecimiento de sus servicios profesionales a entidad del Estado diferente a aquélla en la que se desempeña?
2. Con el objeto de celebrar un contrato de tal naturaleza (prestación de servicios), ¿en qué momento se determina que el servidor público incurre en inhabilidad, al presentar su oferta o al suscribir el contrato?

La Sala considera

El artículo 127 de la Constitución Política prohíbe a los servidores del Estado celebrar cualquier tipo de contrato con la administración pública ya sea para su propio beneficio o por cuenta de terceros.

"Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos salvo las excepciones legales (inc. 1º).

La norma superior fue desarrollada por la Ley 80 de 1993, según ésta (art. 8º, letra f) los servidores públicos se encuentran inhabilitados "para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales".

El texto constitucional deja a salvo las excepciones legales; el mismo estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 / 93) en el artículo 10 consigna las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley de la siguiente manera:

1. Cuando se contrate por obligación legal.
2. Cuando se contrate sobre bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones comunes.
3. Cuando se trate de un representante legal de persona jurídica sin ánimo de lucro que haga parte de juntas o consejos directivos y deba contratar en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario.
4. En los casos donde se trate de operaciones en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, cuando se adquieran por parte de los trabajadores, acciones que el Estado posea en las empresas.

Algunos de estos criterios ya habían sido incorporados en el Decreto 2400 de 1968, orgánico de la administración pública que prohibió a los empleados públicos:

"Artículo 9º.

...Intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a su favor, salvo en los casos en que por mandato de la ley los deba suscribir".

Además el párrafo de la disposición transcrita prolongó por un año más después de la desvinculación del servicio público, la inhabilidad del empleado para actuar ante la dependencia en donde trabajaba.

El texto correspondiente dice:

"La persona que haya sido empleado público no puede gestionar directa o indirectamente a título personal ni en representación de terceros, en asuntos que estuvieren a su cargo, durante el año siguiente a su retiro, tampoco podrá adelantar gestiones directa o indirectamente a título personal ni en representación de terceros, ante la dependencia a la cual prestó sus servicios".

El Decreto - ley 3074 de 1968 sobre la misma materia dispuso que a los empleados públicos les está prohibido intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a

su favor, redacción idéntica a la citada anteriormente.

Se insistió así en alejar los intereses de los empleados públicos de la actividad económica estatal que exige imparcialidad y transparencia en su desarrollo. Esta orientación finalmente vino a expresarse en la norma constitucional del artículo 127 que no admite interpretaciones distintas de su texto que es claro: a los servidores públicos, con las únicas excepciones que de manera específica señala la ley, les está prohibido celebrar contratos con el Estado. Tal fue la voluntad expresa en la legislación desde 1968 y la orientación que consignó el constituyente de 1991.

Además, la norma superior se repitió en la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y determinó además que están inhabilitados para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales "f) los servidores públicos" (art. 8º), con estas disposiciones se reitera que el servidor público no puede mezclar sus intereses con la actividad económica estatal y tampoco participar en eventos que puedan conducir a contratar. Por lo demás la Sala ya se había pronunciado en este mismo sentido en oportunidad anterior (Consulta 598, mayo 5 de 1994).

Por otra parte, la Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Unico, tipificó como faltas disciplinarias en el artículo 41.33 "...las demás prohibiciones incluidas en leyes y reglamentos".

Los planteamientos anteriores ponen de manifiesto que el servidor no puede celebrar contratos con la administración pública o con quienes manejen sus recursos, mientras desempeñen funciones para el Estado.

La ley sanciona el ejercicio ilegal de la abogacía de acuerdo con el artículo 40 del Decreto - ley 196 de 1971 el cual armoniza con el 41.33 de la Ley 200 / 93 para estructurar la infracción.

Finalmente, aun en el evento de desconocerse el carácter de concurso a la convocatoria que condujo a la selección de quien fue escogido para la prestación de servicios profesionales, este escogimiento no puede hacerse sino una vez desvinculado del servicio público.

En síntesis, la Ley 80 considera inhábil al servidor público tanto para participar en licitaciones o concursos como para celebrar contratos; la celebración del contrato no sólo comprende la firma o suscripción, sino todo el proceso previo.

Tampoco es permitido contratar en forma directa la prestación de servicios profesionales con el Estado, mientras el eventual contratista ostente la condición de servidor público.

La Sala responde

1. De conformidad con el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, los servicios públicos no pueden "participar en licitaciones o concursos" para celebrar contratos con entidades estatales, mientras permanezcan en sus empleos.

Cuando una entidad estatal requiere públicamente servicios profesionales, está citando a concurso y en él no pueden participar los servidores públicos.

Tampoco puede la entidad pública seleccionar para celebrar contrato a quien se encuentre vinculado con el Estado en carácter de servidor público.

2. El servidor público no puede participar en el concurso mientras conserve su vinculación con el Estado por estar legalmente inhabilitado; igualmente lo está para celebrar contratos, salvo expresa excepción legal.

Transcríbese al señor Ministro de Transporte. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Luis Camilo Osorio Isaza,

Presidente de la Sala;

Javier Henao Hidrón,

César Hoyos Salazar,

Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes,

Secretaria de la Sala.

Fecha y hora de creación: 2024-11-21 18:49:09