



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000149711
Fecha: 16/10/2014 09:33:13 a.m.

Bogotá D.C.

Señor
JESUS ALBERTO MANCERA CORONADO
lealmaco@gmail.com

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad del Ex Empleado que ejerció funciones del nivel directivo para contratar con la misma entidad **Radicado: 2014-206-12696-2** del 19 de agosto de 2014

Respetado señor Mancera:

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO:

¿Se encuentra inhabilitado un ex empleado para suscribir un contrato de prestación de servicios con la misma entidad, por habersele asignado las funciones de un cargo del nivel directivo al haber salido el titular a disfrutar de un periodo de vacaciones?.

FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS

Con el objeto de abordar el problema jurídico sometido a estudio se abordaran las siguientes disposiciones y jurisprudencia relacionadas: (1) Ley 80 de 1993¹ en relación con las incompatibilidades para contratar, (2) Ley 1474 de 2011², con relación a las inhabilidades para que ex empleados públicos contraten con el Estado, (3) Sentencia T-105 de 2002 de la Corte Constitucional relacionada con la asignación de funciones, y (4) Sentencia C-257 de la Corte Constitucional relacionada con la inhabilidad para contratar de los ex servidores públicos.

(1) Ley 80 de 1993.

Establece el artículo 8° como inhabilidades para contratar, entre otras:

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

"(...)"

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley Tampoco podrán participar en licitaciones e concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

¹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

² por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.





a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (...)"

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad a la cual prestaron sus servicios, quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro

(2) Ley 1474 de 2011

A partir del 12 de julio del 2011 con la expedición de la Ley 1474, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

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

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

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

La disposición en cita establece que quien directa o indirectamente haya ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado en entidades cuyo objeto tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

(3) Sentencia T – 105 de 2002 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional sobre la asignación de funcionales adicionales a las establecidas para el cargo, se pronunció mediante Sentencia T – 105 de 2002, al señalar:

"(...) Considera la Sala del caso, llamar la atención sobre la forma impropia como usualmente dentro de la administración pública se asignan funciones de un cargo, a través del mecanismo denominado "asignación de funciones" mecanismo o instituto que no existe jurídicamente como entidad jurídica autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal civil al servicio del Estado.

De donde proviene dicho uso? Pues, no de otro diferente al acudir o echar mano (como en el común de la gente se diría) por parte de la administración pública, de la última función que se relaciona para cada cargo dentro de los Manuales de Funciones y Requisitos de las entidades estatales, al señalar que el empleado cumplirá, además de las expresamente señaladas: "Las demás funciones que se le asignen por el jefe inmediato".





Se considera del caso precisar, que dicha función de amplio contenido no puede ser ilimitada, sino que debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, esto es, que dichas funciones deben hacer referencia a las funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan. No es procedente su descontextualización, de tal manera que el jefe inmediato sí puede asignar otras funciones diferentes a las expresamente contempladas en el respectivo Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, de acuerdo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, pero, dentro del contexto de las funciones propias del funcionario y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado. (Subrayado fuera del texto).

De lo expuesto por la Alta Corte se considera que la figura de "Asignación de Funciones" no es una institución creada en la ley; no obstante, por necesidades del servicio y/o cumplimiento de los fines propios de la entidad, se podrá efectuar dicha asignación; no obstante, su aplicación no podrá desvirtuar la naturaleza jurídica definida por la ley para cada uno de los niveles jerárquicos de los empleos, ni podrá descontextualizar las funciones asignadas en el manual específico de funciones y requisitos para el cargo respectivo.

Bajo los criterios expuestos, el jefe inmediato por necesidades del servicio y/o cumplimiento de los fines propios de la entidad, podrá asignar a los empleados públicos de la entidad, funciones adicionales a las expresamente contempladas para el cargo, pero esta discrecionalidad es limitada, en tanto que su aplicación no podrá desvirtuar la naturaleza jurídica definida por la ley para cada uno de los niveles jerárquicos de los empleos.

(4) Sentencia C-257 de la Corte Constitucional.

La mencionada sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.





Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

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

Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

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

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, para evitar que puedan utilizar los vínculos a cualquier título y ejercer influencia que pudieran tener con la entidad y sus



funcionarios encargados de los procesos de selección, por el rol de jerarquía y mando que ejerció.

CONCLUSIONES:

De acuerdo con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

- a) Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o
- b) Hayan ejercido funciones correspondientes a los cargos del nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

De tal manera que la inhabilidad para contratar prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se aplica únicamente respecto de la entidad en la cual el ex servidor prestó sus servicios ocupando cargos del nivel directivo.

Por lo tanto, esta Dirección considera que las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en la entidad contratante, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la misma entidad, por el término de un (1) año siguiente al retiro del ejercicio del cargo público.

En ese sentido, el ex servidor público que perteneció al nivel directivo de una entidad pública puede contratar con otra diferente a la entidad contratante, siempre y cuando no tenga relación con el sector al cual prestó sus servicios, porque si el objeto contractual guarda relación estaría inhabilitado por el término de dos (2) años conforme los postulados del artículo 4 de la Ley 14784 de 2011.

De lo anotado, se colige que las inhabilidades referidas se predicán para quien ha ocupado un cargo del nivel directivo bien sea para contratar con la misma entidad (un año) o para contratar con entidades cuyo objeto guarde relación con el sector al cual prestó sus servicios (2 años). Ahora bien, en lo que respecta a la asignación de funciones esta Dirección Jurídica ha sido consistente en manifestar que a esta figura se puede acudir cuando surjan funciones adicionales que por su naturaleza puedan ser desempeñadas por empleados vinculados a cargos de la planta de personal de la entidad, sin que se transforme el empleo de quien las





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

recibe, o cuando la entidad necesita que se cumpla con algunas de las funciones de un cargo vacante temporal y/o definitivamente, pero siempre que las mismas tengan relación con las del cargo al que se le asignan.

Esta figura no tiene una reglamentación para determinar por cuánto tiempo se pueden asignar las funciones adicionales a un empleado, ni cuántas funciones se le pueden asignar.

De acuerdo con lo señalado, cuando se hace una asignación de funciones, las nuevas funciones no deben desnaturalizar el empleo, es decir, deben ser compatibles y estar relacionadas con las que ejerce el funcionario en el cargo del cual es titular y que se encuentran en el respectivo Manual de Funciones, circunstancia que conforme a la información suministrada no fue tenida en cuenta toda vez que a un profesional especializado no podría asignársele funciones del nivel directivo en la medida en que los empleos no pertenecen al mismo nivel jerárquico, naturaleza jerárquica y área funcional del empleo.

Finalmente, como quiera que no se trata del ejercicio de un nuevo empleo, pues se trata de la asignación de nuevas funciones en el ejercicio de su empleo, resulta viable señalar que si al empleado que no ocupa un cargo del nivel directivo, le son asignadas funciones de éste nivel, no por esta razón se produce un cambio de categoría del empleo, es decir, que al empleado al que le han asignado nuevas funciones mantiene el cargo y el nivel del empleo del cual es titular, sin que ocupe el cargo del nivel directivo y se pueda predicar que le es aplicable la inhabilidad contemplada en el literal a) numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA
600.4.8.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co

NTGCP 1000:2009

ISO 9001:2008

BUREAU VERITAS
Certification

027217 246134

