



Concepto 346681 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000346681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000346681

Fecha: 01/11/2019 07:41:53 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerció empleos del nivel directivo mediante encargo suscriba contratos con la respectiva entidad una vez retirado del servicio? RAD.: 2019-206-035517-2 de fecha 25 de octubre de 2019.

En atención al oficio de la referencia, en el cual se consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerció empleos del nivel directivo mediante encargo suscriba contratos con la respectiva entidad una vez retirado del servicio, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

Respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para que ex empleados públicos suscriban contratos estatales con la respectiva entidad, el literal a) del numeral 2) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, señala que no podrán celebrar contratos estatales con la respectiva entidad u organismo público quienes hayan ejercido, entre otros, como servidores públicos en cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

De otra parte, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del mismo año, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

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

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

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

La Corte Constitucional mediante la 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 ejercicio 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 2001, 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.

Según la Corte, 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 puedan tener con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Es claro que las personas cobijadas por la inhabilidad tienen la capacidad de incidir de manera directa con sus decisiones como servidores públicos en el entorno del sector económico en el cual luego aspiran a desarrollar el objeto de futuros contratos en la entidad en la cual fingieron como directivos.

De otra parte, se precisa que en la exposición de motivos del “Proyecto de ley 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”, se indicó:

“La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

a). *En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.*

– En este sentido, el artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...)"

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, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir 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: Ejercieron cargos en el nivel asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

Quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

Ahora bien, respecto de la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades para quien ejerció un empleo mediante encargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de

julio de 2009, consejera ponente María Nohemí Hernández Pinzón, señaló:

"(...) No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección en varias oportunidades; así, en sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

"... esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

Al respecto se observa:

Según los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular.

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada¹. Así se pronunció al respecto:

"El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente."² (...)"

De acuerdo con la Sentencia del Consejo de Estado, las inhabilidades que se predicen a un empleo se configuran aun en el caso que el empleo se ejerza mediante encargo, en razón a que cuando se ejerce un empleo por encargo, quien lo desempeña realiza la totalidad de funciones constitucionales y legales asignadas al mismo.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien haya ejercido un empleo del nivel directivo y se retire del cargo, se encuentra inhabilitado para celebrar contratos estatales con la respectiva entidad dentro de los dos (2) años siguientes a su retiro, aun en el caso que se haya ejercido el cargo mediante encargo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

2. Primera sentencia antes citada.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:23:46