



Concepto 98291 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000098291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000098291

Fecha: 10/03/2020 04:24:26 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex empleado. Prohibición de contratar con la entidad en la cual prestó servicios por ser del nivel directivo. RAD. 20202060067572 del 17 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un empleado a quien se le hayan delegado las funciones de Secretaría Departamental de Salud, está inhabilitado para contratar con el departamento durante un año, y si puede participar en la convocatoria para Control Interno de una ESE, haciendo claridad que no se le encargaba, sino que se le delegaban funciones, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su artículo 8º, determinó las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, adicionó un literal f) al numeral 2 del citado artículo 8, 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." (Subraya fuera del texto)."

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 2011, 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.

(...)

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.

(...)

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 sus vínculos, influencia y ascendencia 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.

Ahora bien, respecto a la inhabilidad por designación de funciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en sentencia emitida el 18 de abril de 2013, dentro del expediente con radicación Número: 130012331000201200010-01, manifestó:

"5.2.- Delegación

La delegación encuentra sustento en los artículos 209, 211 y 305.3 de la Constitución y corresponde a un mecanismo jurídico inherente al ejercicio de la función administrativa, que desarrolla el principio de la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado para la efectiva realización de sus fines (Art. 113 Ib.).

(...)

Ahora, aunque en la delegación se transfiere el ejercicio de la función y por virtud de la misma el delegatario puede obrar en toda la extensión que la atribución lo permita, la función sigue estando radicada en cabeza del titular. Como se recordará, a la luz del principio de legalidad, el marco funcional de los servidores públicos está determinado por la voluntad del constituyente y del legislador; por lo mismo, la función es propia del cargo o empleo respectivo y por tanto frente a ella la persona que lo ocupe carece de poder de disposición, al punto que con la delegación lo que se autoriza es que otro empleado oficial pueda ejercer una competencia ajena. Por ello, no es válido afirmar, como lo hace el actor, que el delegatario adquiere la misma calidad de la autoridad delegante, y que bien puede llamársele "gobernador delegado".

En este orden, cuando se trata de establecer si un funcionario público ejerce autoridad política o administrativa, por razón de las funciones que formalmente le fueron delegadas, ello no puede hacerse únicamente desde la perspectiva orgánica, bajo la creencia errada de que el delegatario adquiere la misma jerarquía y autoridad del delegante, pues como se dijo, las propiedades inherentes al empleo o cargo público son fijadas por la Constitución y la ley, sin posibilidad alguna de que se transfieran o transmitan por virtud de la delegación, que a lo sumo lo único que permite es que se ejerza una función ajena.

(...)

En cambio, si la inhabilidad se predica de una persona gracias a la función que recibió por delegación, el criterio que se debe emplear para determinar si ejerció o no autoridad política o administrativa, es el funcional. Esto es, corresponde al operador jurídico examinar si la función cuyo ejercicio se transfirió, otorgó al funcionario delegatario autonomía para la toma de decisiones o poder decisorio en torno a cualquiera de las circunstancias que a título meramente enunciativo menciona el 2º inciso del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tales como celebrar contratos, hacer nombramientos o desvincular empleados, otorgar licencias, permisos, vacaciones, etc., o ejercer el poder disciplinario frente a otros servidores públicos." (Se subraya).

De acuerdo con el pronunciamiento expuesto, para efectos de las inhabilidades debe establecerse si la delegación de las funciones implicaba el ejercicio de alguna función específica (como autoridad civil, administrativa o política), o el desempeño del cargo.

La norma que establece la inhabilidad, indica que no pueden contratar quienes "*hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado*". De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada, las propiedades inherentes al empleo o cargo público son fijadas por la Constitución y la ley, sin posibilidad alguna de que se transfieran o transmitan por virtud de la delegación. Por lo tanto, la delegación de funciones de un empleo no puede ser asimilada al "desempeño del cargo" y la inhabilidad en estudio exige, para su configuración, el ejercicio del cargo.

Para el caso objeto de la consulta, la Resolución emitida por la Gobernación designó las "*funciones administrativas de la Secretaría Departamental de Salud*", situación que no puede tomarse como el desempeño del cargo de Secretaria Departamental.

En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que haber ejercido las funciones administrativas de un cargo del nivel directivo, no configura la prohibición para contratar con el Estado contenida en el literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, por cuanto esta designación no puede ser asimilada al ejercicio del cargo.

En cuanto a la inhabilidad para aspirar al cargo de Control Interno, revisada la legislación relacionada, esta Dirección no encuentra una limitante que impida que quien ejerció las funciones administrativas de un cargo de dirección, participe en la convocatoria.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:30:14