



Función Pública

Concepto 300311 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000300311

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000300311

Fecha: 17/08/2022 04:11:26 p.m.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES de Servidor Público. Inhabilidad de ex - servidor para ser nombrado en la misma entidad -
RADICACIÓN: 20229000361702 del 15 de julio de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta: *"Quisiera saber de manera clara y concisa si actualmente me encuentro inhabilitado para ser nombrado en una entidad descentralizada del orden Departamental en el mismo nivel jerárquico en el que estuve hasta el 31 de diciembre de 2021, de ser así por cuánto tiempo es la inhabilidad. Como lo mencioné hasta el 31 de diciembre me desempeñé como Director de Control Interno en una Institución de Educación Superior, como es sabido por ustedes este cargo es de periodo, ahora bien, quisiera saber si es posible que sea nombrado en un cargo de Directivo en el mismo Instituto, dado que en los conceptos que he leído la inhabilidad se enmarca en contratos como persona natural o jurídica, mas no a una vinculación como empleado de planta, incluso el periodo de inhabilidad es confuso, por lo menos para mí, leí la norma y no es congruente el espíritu de la norma con lo que sucedería en con un nuevo nombramiento como empleado de planta, por lo que incluso creería que existe un vacío normativo, quisiera conocer de forma clara esos 2 aspectos.*

Si estoy inhabilitado para ser nombrado en otro cargo del nivel directivo en la misma entidad pública descentralizada en la que estuve hasta el 31 de diciembre de 2021.

De estar inhabilitado para el nombramiento la misma es por cuánto tiempo. (...).", me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, es preciso iniciar indicando que la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos² estableció que, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio

de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, Ley 1474 de 2011⁴, a partir del 12 de julio del 2011, 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 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)

En virtud de lo anterior, las personas que 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, 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 desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

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

“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.

(...)

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.” (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 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.

Es decir, la inhabilidad contemplada en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 anteriormente analizada, no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público en otra o en la misma entidad Estatal mediante una vinculación legal y reglamentaría, toda vez que como servidor público no se está ante el ejercicio privado de una profesión actividad o función, sino ante el desempeño de una Función Pública.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica considera que un ex servidor público del nivel directivo que estuvo vinculado a una entidad pública, no se encuentra inhabilitado para ser nombrado nuevamente en un cargo del mismo nivel o de otro diferente, debido a que la inhabilidad contemplada en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 no se configura para una nueva vinculación laboral, pues, al ser nombrado como servidor público no se está ante el ejercicio privado de una profesión actividad o función, sino ante el desempeño de una Función Pública.

En consecuencia, una vez revisadas las inhabilidades concernientes a los empleados públicos principalmente las contenidas entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 39 de la Ley 1952 de 2019; el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, no se evidencia ninguna inhabilidad para que, quien se desempeñó como servidor público del nivel directivo hasta el año 2021, se vincule nuevamente en un cargo de este mismo nivel con la misma entidad, siempre y cuando éste cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo respectivo.

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 [/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: Andrea Carolina Ramos

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

² Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

³ Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

⁴ 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.