



Función Pública

Concepto 359481 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000359481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000359481

Fecha: 15/11/2019 04:28:42 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Aplicación del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 a los trabajadores de Ecopetrol. Radicado: 2019-206-034307-2 del 10 de octubre de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle que el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 es aplicable a los ex servidores públicos situación que es extensiva a los trabajadores de Ecopetrol, porque al ser particulares hacen parte de dicha categoría, con base en los siguientes argumentos:

Sea lo primero indicar que de acuerdo con la Corte Constitucional 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; de ahí que su interpretación sea restrictiva.

Establecido lo anterior, y para efectos de resolver su interrogante es preciso referirnos al artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 adicionado por el numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Así, el numeral 2°, artículo 8° de la Ley 80 de 1993¹, establecía como inhabilidad para contratar, la siguiente:

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

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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 anterior, nótese que la inhabilidad era extensiva a servidores públicos. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se adicionó el 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)

Conforme a lo anterior, la norma se refiere a las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado; así como, para aquellas personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

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:

«1. Primer capítulo: medidas administrativas para la lucha contra la corrupción

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 desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...)» (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la Ley 1474 de 2011 busca luchar contra la corrupción terminando la llamada puerta giratoria, y evitar que el sector privado tome ventaja del Estado, al contar con exfuncionarios públicos, que habiendo laborado en la administración pública, utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

De otra parte, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013, al analizar la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 1474 de 2011, con juez ponente: Jaime Córdoba Triviño, estableció:

«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 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». (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, se establece una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en éstos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, en virtud de una política pública cuya finalidad atiende a 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.

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.

Se precisa que la afirmación anterior, ya ha sido reiterada por la Corte Constitucional cuando se pronunció con relación al artículo 8º de la ley 80 de 1993, en la sentencia C-257 de 2013 respecto a las buenas prácticas en la contratación pública, así:

«El criterio que sirvió de fundamento al legislador para adoptar una ampliación del plazo señalado no fue otro que el re garantizar con mayor énfasis el interés general, el cumplimiento de la función administrativa y de manera concreta los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo había precisado la Corte en la sentencia C-893 de 2003 y, en consecuencia, en el marco de una política de Estado orientada a la lucha contra la corrupción, era necesario ampliar por un año más el término durante el cual habrían de regir las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstas para los servidores públicos al dejar sus cargos y expresamente en las hipótesis ya señaladas». (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, a efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 1º de la Ley 1118 de 2006² establece la naturaleza jurídica de Ecopetrol y el régimen laboral de la totalidad de los trabajadores de Ecopetrol, es de carácter particular, así:

«ARTÍCULO 1º. NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de qué trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.

PARÁGRAFO 1º. Para la determinación por parte de la Asamblea General de Accionistas, del valor inicial de los títulos a emitir, Ecopetrol S. A. contratará, atendiendo los principios de gobierno corporativo, dos diferentes bancas de inversión de reconocida idoneidad y trayectoria en procesos similares en el sector de hidrocarburos. Una de las bancas de inversión además de realizar la valoración de la empresa, se encargará de la estructuración del proceso en todas sus fases».

ARTÍCULO 7º. RÉGIMEN LABORAL. Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.

Los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S. A. continuarán rigiéndose por las normas que hoy les son aplicables en materia de seguridad social.

PARÁGRAFO 1o. A Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, no le será aplicable la disposición contenida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan». (Destacado fuera de texto)

Sobre el régimen de los trabajadores de Ecopetrol, la Corte Constitucional en sentencia C-722 del 12 de diciembre de 2007, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, determinó:

«Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 79. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos. Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

De otra parte, hay que tener en cuenta que todas las personas vinculadas a la entidad son trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el jefe de la oficina de control interno, quienes son empleados públicos de libre nombramiento y remoción (artículo 35). Esta circunstancia implica que, en el caso del Presidente y del jefe de la oficina de control interno, dada su condición de empleados públicos, no pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración, ni sus prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente por virtud de conflicto colectivo, de negociación o de huelga. Las connotaciones particulares derivadas de la condición jurídica de empleados públicos propia del Presidente y del jefe de control interno de Ecopetrol S.A., si bien no pueden constituir un límite para el ejercicio de la potestad de configuración que en esta materia compete al legislador, han de ser tenidas en cuenta sin embargo para efectos del reconocimiento de sus derechos adquiridos». (Subrayado y negrilla nuestro)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia en cita, se concluye que los trabajadores de Ecopetrol son servidores públicos, catalogándose todas las personas vinculadas a la entidad como trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el Jefe de la Oficina de Control Interno, quienes son empleados públicos.

En este orden de ideas, conforme al mandato constitucional los trabajadores oficiales son una categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 123 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo expuesto, y dado que los trabajadores de Ecopetrol tienen el carácter de trabajadores oficiales; por tanto, y al ser parte del concepto genérico de servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que el artículo 4º de la Ley 1474 de 2011 aplica a los trabajadores de Ecopetrol, cuando:

- a). Hubieran sido 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 1 año, contado a partir de la fecha del retiro;
- b). 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 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 servidor del nivel directivo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»
2. «Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:51