



Función Pública

Concepto 377361 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000377361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000377361

Fecha: 03/12/2019 04:18:50 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de Gerente para suscribir un contrato de prestación de servicios. Nombramiento de pariente de concejal como secretario de despacho. Radicado: 20199000373452 del 13 de noviembre de 2019

En atención a la consulta, mediante la cual consulta respecto a la inhabilidad de un gerente de una Empresa Social del Estado para ser contratista de la respectiva entidad, o para ser vinculado como empleado público mediante una relación legal y reglamentaria, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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». (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

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.

De otra parte, si la vinculación del ex Gerente de la Empresa Social del Estado se produce mediante un contrato de prestación de servicio con la misma entidad, la Ley 1474 de 2011³, establece lo siguiente:

«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».

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 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. 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.

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 desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...).

De acuerdo con los antecedentes de la Ley 1474 de 2011, se busca terminar con la llamada puerta giratoria y evitar que el sector privado tomara ventaja de contar con exfuncionarios públicos para contratar con el Estado, y no que organismos que integran la administración pública

estuvieran inhabilitadas para contratar con el Estado cuando su representante legal cambiara de empleo público para ejercer otro cargo como empleado público dentro de la Rama Ejecutiva.

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 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, para evitar las ventajas del sector privado en la contratación de exfuncionarios del Estado para obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilitaciones 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 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.

De tal manera que la inhabilitación prevista en los literales a y f del numeral del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para contratar se aplican únicamente respecto de la entidad, organismo o corporación en la cual el ex servidor prestó sus servicios ocupando cargos del nivel directivo, y abarca objetos contractuales relacionados con el sector al cual el ex servidor prestó sus servicios.

De otra parte, respecto a la inhabilitación que pudiera presentarse para el hermano, sobrino o primo de un concejal para ser nombrado como secretario de despacho en el mismo municipio, es preciso indicarle lo siguiente al respecto:

La Constitución Política, consagra en su artículo 292, que: «(...) los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil».

A su vez, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, «Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional», establece:

«ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903-08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.' > Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil."

<Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo».

Adicionalmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-903 de 2008, respecto a las inhabilidades consagradas en la Ley 1148 de 2007, preceptúo:

«Otra de las mencionadas excepciones al derecho de acceso a los cargos públicos está contemplada en el Art. 292, inciso 2°, superior, en virtud del cual no podrán ser designados funcionarios del correspondiente departamento, distrito o municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Esta disposición sólo es aplicable en el orden territorial y tiene como fundamento un hecho natural, esto es, el nacimiento dentro de una determinada familia y el consiguiente parentesco, o la condición de cónyuge o compañero o compañera permanente, de los diputados o concejales.

"(...)"

De otro lado, la legislación electoral impone una carga a los parientes de los aspirantes a los cargos de diputados y concejales, en cuanto los obliga a retirarse de determinados cargos que estén desempeñando en el respectivo departamento, distrito o municipio, con el fin de que no se configure una inhabilidad de aquellos para ser inscritos como candidatos ni para ser elegidos

Por ello, aunque la inhabilidad prevista en el Art. 292 de la Constitución persigue garantizar la moralidad y la imparcialidad de los servidores públicos allí señalados en el ejercicio de sus funciones, los cuales son fines constitucionalmente valiosos, no es legítimo dar a dicha disposición

una interpretación que sacrifique el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos sin una justificación objetiva y razonable, o sea, en forma desproporcionada.

En este sentido, no es constitucionalmente admisible otorgar a la inhabilidad consagrada en la citada disposición una vis expansiva de índole indefinida que a la postre convertiría la excepción en la regla general, en contradicción con el texto de la norma, y originaría la muerte en el campo político de muchos ciudadanos que no podrían acceder a los cargos públicos, más allá de un límite razonable.

Por estas razones, la Corte considera que los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el Art. 292 de la Constitución son taxativos o cerrados, de suerte que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados. En cambio, la inhabilidad allí prevista respecto de los diputados y de los concejales puede ser establecida por el legislador, hasta los grados indicados, también en relación con otros servidores públicos del orden territorial, como son, por ejemplo, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.

Con base en estas consideraciones, se puede concluir que el inciso 2° del Art. 1° de la Ley 1148 de 2007, demandado en esta oportunidad, al disponer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desbordó el límite de los grados de parentesco establecido en el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión “dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” contenida en dicho inciso.

Por otra parte, en lo que concierne al resto del inciso demandado, cuyo texto es “los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”, es evidente que contraría el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución, ya que la prohibición allí contenida no tendría un límite por razón de los grados de parentesco. Por tanto, la Corte lo declarará executable en forma condicionada, en el entendido de que la prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece dicha norma superior».

Es importante señalar que los hermanos están vinculados por relación de parentesco de consanguinidad en segundo grado y que los sobrinos y primos en cuarto grado de consanguinidad de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 a 46 del Código Civil.

Con fundamento en lo expuesto, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Revisadas las disposiciones sobre inhabilidades e incompatibilidades comunes a todos los servidores públicos, se observa que no se presenta ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que quien una vez se retire del cargo como Gerente de una Empresa Social del Estado pueda volver a vincularse en la misma entidad, siempre y cuando su vinculación se produzca mediante una relación legal y reglamentaria.

Cuando las personas 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, durante los 2 años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, siempre y cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

1. De conformidad con la norma Constitucional y lo preceptuado por la Corte Constitucional, no podrán ser designados empleados de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos), primero de afinidad (Suegros) o único civil.

Es decir que para el caso objeto de consulta solo está inhabilitado para ser Secretario de Despacho el hermano del concejal. Para el primo y el sobrino no se configura la inhabilidad para ser nombrados como servidores públicos del mismo municipio.

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. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°:11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. «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».

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:23:36