



## Concepto 45441 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000045441\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000045441

Fecha: 05/02/2020 06:01:28 p.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista - Prohibición de exservidor público para celebrar contrato - RAD. 20209000008982 del 2 de enero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede suscribir un contrato de prestación de servicios con un municipio para el componente ambiental, teniendo en cuenta que hace un mes renunció a un empleo de libre nombramiento y remoción en un cargo de Directivo Técnico Ambiental, me permito manifestar lo siguiente:

Frente a la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados, el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en el siguiente sentido:

*“ARTÍCULO 4o. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adiciónase un literal f) al numeral 2 del artículo 8o 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 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, 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.

Ahora bien, a nivel nacional, el concepto “sector” hace referencia a las entidades del nivel central y descentralizado que hacen parte del “sector administrativo” respectivo.

De otra parte, frente a “sector administrativo”, la Ley 489 de 1998<sup>1</sup>, señala:

*“ARTICULO 42. SECTORES ADMINISTRATIVOS. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.”*

Al estudiar la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1437 de 2000, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, determinó:

*"La atribución de definir cómo está integrado un sector administrativo y de establecer la adscripción o vinculación de un organismo o entidad a determinado ministerio o departamento administrativo es privativa del legislador. La ley no puede delegar en el Gobierno, por vía general indefinida y permanente funciones que le son propias.*

(...)

*Como la ha expuesto reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, las funciones que corresponden al Congreso no pueden ser delegadas en el Ejecutivo por fuera de las condiciones y requisitos que exige el artículo 150, numeral 10, de la Constitución. Lo cual significa que, cuando el legislador ordinario decida transferir alguna de sus atribuciones al Presidente de la República únicamente puede hacerlo a título transitorio (hasta por seis meses), precisando la materia sobre la cual podrá aquél expedir decretos leyes, y previa solicitud expresa del Gobierno, con aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. En los estados de excepción, puede el Jefe de Estado asumir el ejercicio de ese papel que ordinariamente no es el suyo- mediante la expedición de decretos legislativos cuyo objeto y cuyo campo de acción han sido nítidamente delimitados por el artículo 213, 214 y 215 de la constitución, por la Ley Estatutaria de estados de excepción y por la doctrina constitucional emanadas de esta Corporación.*

*Para la Corte resulta incontrovertible que si una norma legal faculta de modo permanente e indefinido al Gobierno para hacer algo que de ordinario corresponde a la Rama Legislativa del Poder Público, vulnera el principio constitucional de la separación de funciones (artículo 113 C.P.) y ejerce su poder en términos distintos de los que establece la Constitución Política, contrariando lo previsto en el artículo 3 de la misma.*

*El Congreso, en suma, no puede despojarse de una atribución legislativa que le es propia para entregarla indefinidamente y a perpetuidad al Ejecutivo, puede despojarse de una atribución legislativa que le es propia para entregarla indefinidamente y a perpetuidad al Ejecutivo, puesto que ello implicaría modificación de las reglas constitucionales mediante ley y sin el cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 374 y siguientes de la Carta.*

(...)

*En el caso materia de estudio, la norma legal señala cómo está integrado un sector administrativo, y al hacerlo incluye el respectivo ministerio o departamento administrativo, las superintendencias y las demás entidades que la ley "o el Gobierno Nacional" definan como adscritas o vinculadas a aquellos, según correspondiere a cada área.*

*Ningún inconveniente de orden constitucional se encuentra en la conformación del sector administrativo por los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, la cual surge sin dificultad de los artículos 115 y 208 del Estatuto Fundamental.*

*Tampoco se considera contrario a las disposiciones de la Carta que dentro de un mismo sector administrativo se incluyan entidades u organismos descentralizados por servicios, que se adscriban o vinculen a los ministerios o departamentos administrativos, de acuerdo con las actividades propias de cada área, Inclusive, según ya esta Corte lo ha manifestado, es el legislador el llamado a definir lo que se entiende por adscripción o vinculación, sus efectos y el grado en que cada ente administrativo se relaciona con el Gobierno para los fines de su actividad.*

*En cambio, a la luz de los principios expuestos, se opone a la Constitución la norma impugnada en cuanto permite que Congreso y Gobierno compartan la atribución de definir si una entidad es adscrita o vinculada y en relación con cuál de los ministerios o departamentos administrativos tiene ese carácter. Se abre paso así una competencia dual que la Constitución rechaza.*

*En efecto, es de reserva de la ley la atribución contemplada en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución Política, según el cual corresponde al congreso determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencia, establecimiento público y otras entidades del orden nacional.*

*En concepto de "estructura" comprende no solamente las entidades y organismos que integran la administración nacional, sino las modalidades de relación jurídica y administrativa entre ellas, en el interior de cada uno de los sectores en que obra la administración pública.*

*Por tanto, la atribución de señalar la estructura de la administración nacional es privativa del legislador, y también lo es por supuesto la de la establecer cómo está compuesto cada sector administrativo y la de indicar el grado de relación, vinculación o adscripción- existente entre cierta entidad o determinado organismo y el ministerio o departamento administrativo que encabeza el sector correspondiente." (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo a lo anterior pronunciamiento, el Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área, análisis que también deberá ser aplicado para las entidades y organismos que integran la administración territorial.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagrada en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, para 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, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Por lo tanto, en el caso objeto de consulta y en virtud de lo que se ha dejado hasta ahora indicado, como quiera que usted manifiesta que como servidor público del nivel directivo se desempeñaba como Director Técnico ambiental y ahora pretende suscribir un contrato de prestación de servicios con un municipio para el componente ambiental, se colige que objeto que desarrollará en virtud del contrato de prestación de servicios tendrá relación con el mismo sector en el cual prestó sus servicios como empleado público, es decir con el sector ambiente; en consecuencia, se configuraría la prohibición del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”

*Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:10:08*