



Función Pública

Concepto 369111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000369111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000369111

Fecha: 07/10/2021 01:42:38 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un ex servidor público del nivel asesor suscriba un contrato de prestación de servicios con la misma entidad en la cual laboró, un año después de su retiro? Radicado 20219000622672 del 13 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que un ex servidor público del nivel asesor suscriba un contrato de prestación de servicios con la misma entidad en la cual laboró, un año después de su retiro, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero indicar que 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; de ahí que las inhabilidades estén expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación sea restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, para proceder con su consulta, se hace necesario estudiar los postulados dispuestos en el numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

Al respecto, cabe recordad que la Ley 80 de 1993², inicialmente estableció como inhabilidades para contratar, entre otras, la siguiente:

“ARTÍCULO 8. 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. (...) (Subrayado por fuera del texto original)”.

De acuerdo con lo establecido en el literal a). del numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011³, 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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme al Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó el literal f) al numeral 2º del Artículo 8º de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, 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.

Ahora bien, con el fin de verificar el alcance de la señalada disposición es importante anotar que 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:

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.

(...)” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Según los antecedentes de la Ley 1474 de 2011, con su expedición se busca terminar con la llamada puerta giratoria, y evitar que el sector privado tome ventajas 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, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, señaló:

“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 ejercicio 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 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 utilizarlos 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.

(...)

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, 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 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 (en empleos del nivel directivo) 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.

Así las cosas, se considera que las inhabilidades para contratar con el Estado consagradas en los Artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 4º de la Ley 1474 de 2011, se refieren a la prohibición de participar en licitaciones y celebrar contratos estatales con la entidad respectiva frente a quienes:

a. 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;

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 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 servidor del nivel directivo.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, en criterio de esta dirección jurídica, la inhabilidad para contratar con entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, solo aplicará para los ex servidores que hayan ejercido empleos del nivel directivo, razón por la cual un ex empleado del nivel asesor no se ve cobijado por la inhabilidad en cuestión; es decir, que podrá suscribir contrato de prestación de servicios con la misma entidad o con otra entidad pública, dentro del año siguiente a su retiro.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

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. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
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: 2024-12-11 18:36:53