



Concepto 444071 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000444071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000444071

Fecha: 14/12/2021 08:54:35 a.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el ex secretario de hacienda de un municipio y que a su vez era miembro de la junta directiva de las Empresas Públicas del municipio, sea asesor del concejo municipal? ¿Puede desempeñar algún cargo o ejecutar un contrato de prestación de servicios en las Empresas Públicas? ¿Puede desempeñar algún cargo o ejecutar un contrato de prestación de servicios en la E.S.E. municipal? Radicado 20219000693802 del 07 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre los posibles impedimentos para que un ex servidor público del nivel directivo y miembro de la junta directiva de las Empresas Públicas del municipio se vincule mediante contrato de prestación de servicios o como empleado público de la misma entidad o en otra del mismo municipio, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que los servidores públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

Las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, imposibilitan el ejercicio de las funciones. Las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia las define como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)

Así las cosas, las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. De manera que las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc.

Debe resaltarse que las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su

incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.

En lo referente a la finalidad de las inhabilidades la Corte Constitucional, señaló que es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público y en particular a la administración de justicia, el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. De igual forma, son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

En cuanto a las consecuencias de las inhabilidades mediante Sentencia C-509 de 1994 de la Corte Constitucional, se indicó:

“Es bien sabido que las inhabilidades tienen como objetivo fundamental no sólo impedir que una persona que se encuentre afectada por una de ellas, sea elegida o designada en un cargo público, sino que además como lo prevé el artículo 60. acusado, respecto de quienes surge una de las causales descritas en forma sobreviniente, pueden ser declarados insubsistentes, con lo que se pretende mantener y garantizar los principios enunciados de dignidad, eficiencia e idoneidad en la noble tarea de administrar justicia.

La configuración de tales inhabilidades acarrea lo siguiente:

- a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.
- b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, se hace necesario acudir a la norma que reglamenta el tema de las inhabilidades de ex servidores públicos para contratar con entidades públicas, por lo cual acudiremos en primer lugar al artículo 8 la Ley 80 de 1993, que sobre el particular establece:

“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 por fuera del texto original).

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.

(...)

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 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.

(...)

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 estuvieron vinculados como directivos. 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.

De otra parte, la Ley 80 de 1993 señala en relación con las inhabilidades para contratar y que aplicaría al caso consultado, la siguiente:

ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(...)

2o. 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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. (Negrilla por fuera del texto original).

(...)

De otra parte, tenemos que el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, modificadorio del numeral 22, artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señala:

“ARTÍCULO 3. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados”. (Subrayado por fuera del texto original).

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-257 de 2013 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, expone lo siguiente:

(...) Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma. (Subrayado fuera del texto)

En ese sentido, la mencionada prohibición, de los ex servidores públicos para gestionar intereses privados, pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento, en razón de las funciones desarrolladas como servidor público a efectos de evitar que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de: intereses particulares, exclusiones indebidas, favoritismos reflejados en privilegios no autorizados por la ley o ventajas obtenidas a merced del uso de información obtenida por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad característica de los funcionarios públicos.

Es decir, acorde con las estipulaciones de la Corte Constitucional, la prohibición del artículo 3 de la ley 1474 de 2011 se destina única y exclusivamente respecto de los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo desempeñado y con respecto a la entidad, organismo o corporación donde prestaron sus servicios, o de aquellas sujetas a inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad donde se estuvo vinculado y en la gestión de asuntos privados.

De igual manera, es importante mencionar el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Radicado núm. 68001-23-15-000-2004-00002-02 (3875), del 19 de enero de 2006, respecto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, afirma:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”.

En consecuencia, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado, no resulta viable la celebración de contratos, de cualquier tipo, con entidades estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que no pueden obtenerse de otra manera o para eludir inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Finalmente, respecto de la posibilidad de que los miembros de las juntas directivas de las Empresas Públicas del municipio se vinculen en un empleo público después de su retiro, tenemos que el Decreto Ley 128 de 1976 establece:

“ARTÍCULO 1.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación

o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.
NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.

(...)

ARTÍCULO 10.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, no resulta viable que el servidor público que haya sido miembro de la junta directiva de las entidades señaladas en el campo de aplicación del Decreto Ley 128 de 1976, preste sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó, ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

De acuerdo con lo señalado me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿Existe impedimento para que el ex secretario de hacienda de un municipio y que a su vez era miembro de la junta directiva de las Empresas Públicas del municipio, sea asesor del concejo municipal?

No se encuentra como un impedimento para vincularse como asesor "mediante nombramiento como empleado público" en el Concejo Municipal a la persona que era secretario de hacienda y a su vez miembro de la junta directiva de las Empresas Públicas del municipio.

¿Puede desempeñar algún cargo o ejecutar un contrato de prestación de servicios en las Empresas Públicas?

Señala la Ley 80 de 1993 como impedidos para contratar a quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, señalando que 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 tal manera que en el caso consultado como el ex servidor ocupaba un empleo del nivel directivo en la Alcaldía municipal y fue miembro de la junta directiva de las empresas públicas, el impedimento se predicaría dentro del año siguiente a su retiro en la misma entidad; después de transcurrido dicho término no se encontraría impedimento para la vinculación.

Igualmente, según la prohibición contenida en el Decreto 128 de 1976, no resulta viable que el servidor público que haya sido miembro de la junta directiva de las entidades señaladas en el campo de aplicación del Decreto Ley 128 de 1976, preste sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó, ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece; prestación de servicios profesionales que puede entenderse tanto en la suscripción de un contrato de prestación de servicios, como en la vinculación como servidor público.

¿Puede desempeñar algún cargo o ejecutar un contrato de prestación de servicios en la E.S.E. municipal?

Toda vez que la vinculación en otra entidad pública que no sea del mismo sector administrativo no se encuentra dentro de las prohibiciones, se considera que no existiría impedimento para su vinculación mediante contrato de prestación de servicios o mediante vinculación en empleo público en la E.S.E. del municipio.

Por último, me permito indicarle que, 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 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. “Literal adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011”.
2. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.
3. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
4. 265 de la Ley 1952 de 2019, salvo el artículo 30 que continúa vigente hasta el del 28 de diciembre de 2023> “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.
5. “Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.”
6. Empresa Industrial y Comercial del Estado según el Acuerdo No, 13 del 22 de diciembre de 2010 publicado en la página web de esa entidad: https://empresas-publicas-de-garzon.micolombiadigital.gov.co/sites/empresas-publicas-de-garzon/content/files/000001/49_estatutos_empugar_a_cuerdo_013_22_12_2010.pdf

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:56:06