



Concepto 171321 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000171321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000171321

Fecha: 09/05/2022 04:44:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Servidor Público. Gerente de una Empresa Industrial y Comercial del Estado para vincularse como gerente de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial. RAD.: 20222060190922 del 6 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si el gerente de la Terminal de Transportes de Valledupar, Empresa Industrial y Comercial del Estado de economía mixta, puede vincularse como gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, EMDUPAR S.A., entidad de carácter oficial, considerando que como representante legal de la Terminal de Transportes, hace parte de asamblea general de accionistas y por ende de la junta directiva de EMDUPAR S.A., me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Decreto Ley 128 de 1976, "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", señala:

"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 aquélla pertenece."

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 se aplica a los representantes legales y a los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y 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 de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente, el artículo 14 del Decreto Ley 128 de 1976, en relación con las incompatibilidades de los miembros de las juntas o consejo directivo y los gerentes o directores, consagra que éstos no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenezca aquella: a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno; b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Estas prohibiciones regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Ahora bien, en lo que respecta a la interpretación del concepto de "prestación de servicios profesionales" contenido en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, el Consejo de Estado, mediante sentencia proferida por la Sección Quinta, en el proceso con Radicación No. 11001032800020040001701, Radicado Interno No. 3246 del 24 de junio de 2004, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, afirmó lo siguiente:

"En cuanto al artículo 10, el actor considera que éste prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas "actuar nuevamente" en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de ese período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados. Por tal razón, a su juicio, el señor (...) no podía ser designado como gerente liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación antes de

haber transcurrido dicho término.

Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, es evidente que el señor (...) se encuentra en la actualidad prestando sus servicios profesionales como liquidador designado mediante decreto, que corresponde a la primera de las vinculaciones antes descritas.

Así mismo, es claro que fue designado como tal inmediatamente después de su renuncia al cargo de presidente de Minercol Ltda.

En efecto, de los documentos que obran al expediente se advierte que entre la fecha del Decreto (...) en el cual se aceptó la renuncia del señor (...) al cargo de liquidador, y el Decreto (...) que lo designó como liquidador, transcurrió sólo un día, cuando el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 exige que transcurra por lo menos un año antes de que el gerente o director retirado vuelva a prestar sus servicios profesionales a la entidad donde estuvo vinculado.

Por lo tanto, el señor (...) se encuentra incurso en la prohibición contemplada en la regla que atrás se citó, al haber sido designado liquidador de la misma entidad donde se desempeñaba como presidente, sin haber pasado un año después del retiro.”

En ese mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ocasión a la consulta presentada por este Departamento Administrativo, respecto a si la prohibición consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, es aplicable a quienes actúan en calidad de delegados de los miembros de las juntas o consejos de las entidades descentralizadas. En esa oportunidad, mediante Concepto con Radicado No. 2187 del 8 de agosto de 2014, se precisó:

“(...) En síntesis, con el fin de rodear de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el ejercicio de las funciones públicas, el ordenamiento restringe el derecho de los representantes y miembros de los consejos y juntas directivas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y oficiales de servicios públicos domiciliarios 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, como específicamente lo señalan los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976.

Lo anterior, sin perjuicio de la naturaleza contractual, legal o reglamentaria de la vinculación que se plantee con la entidad durante el año aludido. Dada la claridad y contundencia de los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976 no cabe en este caso plantear cualquier duda de interpretación que permita invocar el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones”.

Concluyó la Sala, en coincidencia con la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia citada, que la prohibición para los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, así como para los gerentes, directores o presidentes de las mismas, consistente en prestar sus servicios profesionales, contemplada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria como a la de contrato de prestación de servicios con la entidad pública en la cual actúan o actuaron, o en otra del mismo sector administrativo. La Sala señaló incluso que dicha prohibición se refería también a la modalidad de una vinculación contractual laboral como es la propia de los trabajadores oficiales.” (Subrayado nuestro)

Así las cosas, conforme a los pronunciamientos que se han dejado indicados del Consejo de Estado, se consideraba que quien se desempeñó como miembro de la junta directiva o consejo de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado, de 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 de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estaría inhabilitado para prestar servicios profesionales en la entidad en la que actúa o actuó como tal, ni en las que hagan parte del sector administrativo al que pertenece, bajo el entendido de que dicha prestación de servicios se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria como a la de contrato de prestación de servicios.

Sin embargo, este Departamento Administrativo solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la revisión de los conceptos 1941 de 2009 y 2187 de 2014, en el sentido de verificar el alcance de la prohibición de “prestar servicios profesionales” consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en razón a que se consideraba que la finalidad de la norma era evitar gestionar intereses particulares y no que un ex servidor público se vuelva a vincular con una entidad pública a través de una relación legal o reglamentaria, por cuanto el mismo Estado se favorece y beneficia con sus conocimientos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió el concepto 2395 de febrero 5 de 2019 (Número Único: 11001-03-06000-2018-00160-00) en el que precisó:

“4. Visto el marco legal existente cuando entró a regir el Decreto Ley 128 de 1976, es preciso transcribir de nuevo el 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».

El texto permite hacer las siguientes observaciones:

a) La prohibición que establece se dirige a dos grupos de destinatarios que tienen regímenes diferentes:

(i) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Para la época -y actualmente- los consejos y juntas directivas de las entidades públicas se integran con empleados públicos y con particulares, por regla general; y entonces como ahora, los particulares no adquieren la calidad de empleados públicos, pero ejercen funciones públicas cuando forman parte de esos órganos directivos.

En consecuencia, la prohibición de prestar servicios debe traducirse en la prohibición de celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales, tanto para los empleados públicos como para los particulares, y excluye naturalmente la relación legal y reglamentaria porque no podría prohibirla a quienes ya se regulan por ella y carecería de sentido referirla a los particulares.

(ii) Los directores o gerentes. Se trata de empleados públicos, como regla general, por tratarse de las entidades descentralizadas del nivel nacional bajo el régimen de los Decretos Leyes 1050, 3130 y 3135 del 1968.

b) El artículo 10 en comento, cuando se refiere a los miembros de las juntas o consejos directivos, extiende la prohibición de «prestar servicios profesionales» al tiempo del ejercicio de funciones y un año más a partir de su retiro. Con esta previsión cabe concluir que el legislador extraordinario se aseguró de que la prohibición se entendiera aplicable a todos los miembros del órgano directivo empleados públicos o no, durante el lapso anotado.

c) Para los directores y gerentes, que como empleados públicos se encuentran en la relación legal y reglamentaria, la prohibición se circunscribe al año siguiente al retiro del cargo, y en consecuencia claramente solo puede referirse a la celebración del contrato administrativo de prestación de servicios y no al vínculo laboral porque lo inhibiría.

d) En cuanto al contrato de prestación de servicios como contrato típicamente administrativo o de derecho público, después de la Ley 167 de 1941, los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 lo regularon de la misma manera.

Además, los decretos leyes en mención consagraron para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y para los empleados oficiales - expresión que incluye a los representantes legales de las mismas entidades, como regla general la prohibición (a título de incompatibilidad) de celebrar los contratos regulados en tales estatutos, o sea, también el de prestación de servicios.⁷

Cabe entonces acudir a la regla de interpretación de la ley, incorporada como artículo 28 del Código Civil, según la cual:

«ARTÍCULO 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.»

De manera que, la expresión «prestar servicios profesionales» era el objeto de un contrato típico de derecho público y su uso en el Decreto Ley 128 de 1976 debía entenderse en el mismo sentido.

La conclusión de estos primeros comentarios es, en criterio de la Sala, que tratándose de los miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de sus gerentes y directores, la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 de «prestar servicios profesionales» se manifiesta necesariamente en la prohibición de celebrar el contrato que tuviera ese objeto y que estaba tipificado

como administrativo o de derecho público en la legislación vigente para la época. Y que si comprendiera la relación legal y reglamentaria implicaría la negación del ejercicio del empleo público.

(...)

Determinados el ámbito de aplicación y su vigencia, la revisión del texto del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 permite concluir, de acuerdo con su tenor literal:

(i) En la legislación existente en dicho año 1976 cuando fue expedido, la expresión «prestar servicios profesionales» solamente se refirió a la celebración del contrato en mención, para prohibirla a los miembros de las juntas o consejos directivos y a los gerentes y directores de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades poseyeran el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, durante el año siguiente a su retiro, tanto con la respectiva entidad como con las demás que integraran el respectivo sector administrativo.

(ii) La prohibición de prestar servicios profesionales bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria no puede entenderse incorporada en el artículo 10 en comento para los miembros de las juntas o consejos directivos, porque resultaría absurda para quienes fueran empleados públicos y restrictiva de los derechos de los particulares.

(iii) Respecto del director o gerente, el artículo 10 en cita estableció la prohibición únicamente para el año siguiente a su retiro y no para la época comprendida por la expresión «durante el ejercicio de sus funciones».

(iv) La prestación de servicios en las normas sobre contratación administrativa reseñadas atrás, era el objeto de un contrato típicamente administrativo. Debe agregarse que si bien el actual estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) no contempla los anteriores criterios de contratación de derecho público y de derecho privado de la administración, sí continúa tratando como figura típica el contrato de prestación de servicios, como se analiza más adelante.

También incluye, en el artículo 8°, numeral 2°, literal a), como incompatibilidad para celebrar contratos estatales, la siguiente:

«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.»

A lo cual debe agregarse la expresa prohibición de celebrar el contrato estatal en comento y cualquier otro tipo de contrato, así como gestionar asuntos relacionados con su cargo, en los términos de las disposiciones disciplinarias vigentes y de la Ley 1952 próxima a regir.

Pero, además, como pasa a explicarse, la fuente constitucional y los desarrollos legales diversos de las figuras del ejercicio de funciones públicas bajo la relación legal y reglamentaria y del ejercicio profesional bajo la modalidad de contrato estatal, ratifican la conclusión de la Sala y fundamentan la reconsideración de los conceptos precedentes.” (Destacado nuestro)

Por último, el concepto de la referencia concluye:

“G. El caso concreto

El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 reza:

(...)

La prohibición contenida en la norma citada es una tacha normativa que busca asegurar varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública como la moralidad y la transparencia (C.P. art. 209), y precave un posible conflicto entre los intereses públicos y privados.

También responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir indebidas influencias, favoritismos o ventajas inaceptables en la Administración, que se presentarían de aceptarse que los ex servidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo, entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.²⁵

Empero, como se ha anotado en acápites anteriores, existen diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y reglamentaria.

Del texto transcrito se desprende que la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva.

Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna.

Por tanto la norma debe ser interpretada bajo la óptica de que lo proscrito es que miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores de los mismos establecimientos públicos dentro del año siguiente a su retiro, celebren contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector - administrativo al que aquellos pertenecen.

Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los ex miembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades descentralizadas y en las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado.

III. CONCLUSIÓN:

La prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 debe interpretarse en el sentido de que (i) los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y (ii) los gerentes o directores, dentro del año siguiente a su retiro, no podrán contratar la prestación de sus servicios profesionales con las entidades descentralizadas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios en las que actúan o actuaron, ni en los organismos y entidades que integran el sector administrativo al que dichas entidades pertenezcan.” (Destacado nuestro)

Con base en lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2395 de 2019, esta Dirección Jurídica comparte dicho criterio en relación con el alcance de la prohibición de “prestar servicios profesionales” consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en el sentido de precisar que la misma está referida a la imposibilidad para que 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 año siguiente a su retiro, puedan suscribir contratos de prestación de servicios profesionales con las entidades descentralizadas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios en las que actúan o actuaron, ni en los organismos y entidades que integran el sector administrativo al que dichas entidades pertenezcan.

En consecuencia, los miembros de las juntas o consejos directivos pueden ser vinculados como servidores públicos a las entidades en las que actúan o actuaron como tales, a través de una relación legal y reglamentaria, o a otra entidad pública, de conformidad con la interpretación de la prohibición legal señalada en precedencia, en virtud de la cual lo que está vedado es la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales.

En este orden de ideas y atendiendo puntualmente su interrogante, no se evidencia inhabilidad alguna para que quien ejerció como gerente la Terminal de Transportes de Valledupar, sea designado como gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, EMDUPAR S.A., en razón a que no existe una norma que lo prohíba.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link [/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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:02:02