



# Concepto 1941 de 2009 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

Bogotá, D.C., febrero veintiséis de dos mil nueve.

Radicación No.: 1.941

Número Único 11001-03-06-000-2009-00013-00

Ref.: Interpretación y alcance del artículo 10 del Decreto 128 de 1976

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, doctor Bernardo Moreno Villegas, consulta a la Sala sobre la interpretación y alcance del artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

Refiere que la norma antes citada, adoptada por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 28 de 1976, prohíbe a los miembros de las juntas directivas y a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas prestar a las mismas servicios profesionales, en forma simultánea con el ejercicio del cargo o dentro del año siguiente a su retiro.

Recuerda que, con antelación a la expedición del Decreto 128 de 1976, también se establecía la prohibición, en cuanto i) a los miembros de las juntas o consejos directivos, al igual que a los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no se les permitía, durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a su retiro, directamente o por intermedia persona, prestar sus servicios profesionales a la entidad, contratar con esta o gestionar negocios propios o ajenos, en los términos del artículo 28 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 y ii) el artículo 9º del Decreto 2400 del mismo año, modificado por el 3074 de 1968, predicaba la inhabilidad respecto de los empleados públicos en general.

Agrega que, en los términos de la Ley 489 de 1998, los miembros de juntas y consejos directivos, al igual que los representantes legales 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 capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifican o adicionan.

Destaca que si bien la Sección Quinta de esta corporación, en jurisprudencia reiterada <sup>1</sup>, decretó nula una vinculación legal o reglamentaria, "por cuanto este fue designado un día después de haber renunciado a su cargo de gerente de la misma (...) no es posible inferir las razones mediante las cuales se llegó a tal conclusión". Para sustentar su aserto transcribe el siguiente aparte de la decisión:

"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 a su 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 o mediante relación contractual es evidente que el señor Juan Luis Velasco Mosquera se encuentra en la actualidad prestando sus servicios profesionales como liquidador designado mediante decreto, que corresponde a las primeras de las vinculaciones 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 229 del 28 de enero de 2004 en el cual se aceptó la renuncia del señor Velasco Mosquera al cargo de liquidador (sic) y el Decreto 295 el 29 de enero de 2004 que lo designó como liquidador transcurrió solo un día, cuando el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 exige que transcurra por lo menos un año antes que el gerente o director retirado vuelva a prestar sus servicios profesionales en la entidad donde estuvo vinculado" (Subrayado y negrillas fuera del texto)".

Afirma que lo resuelto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta corporación difiere de otras interpretaciones a

cuyo tenor "se podría entender que la norma estatuye una prohibición en cuanto a la vinculación contractual, mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios y no una vinculación legal o reglamentaria, o laboral, con base en la cual sería posible contratar a la persona dentro de la planta de la entidad de la cual fue miembro de la junta directiva".

Para el efecto señala i) que según estudio realizado por un procurador auxiliar para asuntos disciplinarios la restricción "solo puede darse a través de contratos de prestación de servicios y no de vinculaciones que conlleven la calidad de servidor público (...)" y iii) que conforme a jurisprudencia reiterada de esta corporación, de la que trae apartes, las inhabilidades son de aplicación restrictiva e interpretación favorable:

"Las causales de inhabilidad son conductas anteriores a la elección que vician la misma, porque así lo considera la ley, mientras que las incompatibilidades como las inhabilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo. Por razón de su naturaleza excepcional tanto las incompatibilidades como las inhabilidades son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía" <sup>2</sup>.

"En los eventos en que las normas legales que consagran inhabilidades no sean claras precisas y esto dé lugar a más de una interpretación debe preferirse aquella que sea menos restrictiva de los ciudadanos de acreedor a cargos públicos" <sup>3</sup>.

En armonía con lo expuesto el señor director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a esta Sala lo siguiente:

*¿Los servicios profesionales a los que alude el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, se refieren a aquellos que se derivan de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, aquellos relacionados con una vinculación legal o reglamentaria o aquellos derivados de una vinculación contractual laboral, como serían la de los trabajadores oficiales? ¿Se refiere a todos ellos o, en caso negativo a qué tipo de vinculación se refiere la norma?*

*¿A la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, es posible que un funcionario de un ministerio, delegado del señor Presidente de la República en la junta directiva de una sociedad de economía mixta, con participación accionaria estatal del 99.9997% de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, pueda ser nombrado en condición de trabajador oficial en esa sociedad de economía mixta de la cual es socio mayoritario el ministerio al cual pertenece, sin que haya transcurrido el término de un año del que estatuye la norma?*

#### CONSIDERACIONES

Para absolver los interrogantes formulados, la Sala, previamente, se detendrá i) en el marco constitucional relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de funciones públicas, en especial en el que tiene que ver con la prestación de servicios profesionales a la misma entidad, durante el año siguiente al retiro y ii) en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los representantes legales y miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y oficiales de servicios públicos 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.

1. Inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de funciones públicas. Marco constitucional.

1.1. Conforme lo dictaminan los artículos 2º, 13, 16, 40 y 25 del ordenamiento superior, corresponde a las autoridades de la República garantizar a los asociados su derecho a desempeñar funciones públicas, en condiciones de igualdad y diseñar los mecanismos para que aquellos puedan cumplir, en atención a sus capacidades y preferencias, con el deber social de desempeñarlas.

Empero, el artículo 209 constitucional preceptúa que las funciones de la administración deberán atender los principios señalados en la norma, entre ellos los de moralidad, eficacia e imparcialidad y el mismo ordenamiento prevé restricciones generales <sup>4</sup> y especiales <sup>5</sup> de interés general, que habrá de considerar el legislador siempre que se trate de regular el ingreso y el ejercicio de las funciones públicas, sin perjuicio de la amplia competencia normativa en la materia que le asignan los artículos 1º, 2º, 6º, 123 y 150.23, entre otras disposiciones, de la Carta Política <sup>6</sup>.

En armonía con lo expuesto y con el fin de armonizar los valores constitucionales comprometidos, la Corte Constitucional considera que toda medida restrictiva y limitante, encaminada a hacer prevalecer el interés general vinculado a la probidad y la moralidad públicas, mediante la previsión de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, deberá estar precedida de "consideraciones particulares atinentes a la naturaleza propia de cada uno de los casos, situaciones o actos que son materia de regulación jurídica" <sup>7</sup> y determinada "de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades" <sup>8</sup>.

Señala al respecto la jurisprudencia constitucional:

"Dado que el régimen de inhabilidades restringe derechos fundamentales como la igualdad, el trabajo o la participación en la conformación, ejercicio y control del poder público, entre otros (C.P., arts. 13, 25 y 40), la potestad de configuración legislativa no es absoluta. Por ende, la adopción de tales restricciones deberá corresponder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad <sup>9</sup>. Al respecto esta corporación ha señalado que: "...aunque la Carta faculta al legislador para supeditar el ejercicio de funciones y cargos públicos a condiciones y requisitos, para esta Corte cualquier limitación a los derechos consagrados en los artículos 13 y 40-7 superiores debe consultar los valores, principios y derechos de la Carta, so pena de profundizar la desigualdad social mediante la negación del núcleo esencial de tales derechos, los cuales tienen además incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo. La exigencia de requisitos o condiciones excesivas, innecesarias o irrazonables para aspirar a

*ejercer un cargo o función pública, violaría el contenido esencial de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a escoger y ejercer profesión u oficio y a participar efectivamente en el ejercicio del poder público”.*<sup>10</sup>

1.2. En aplicación de la línea jurisprudencial a la que se hace mención, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002; norma que prohíbe a todo servidor público, prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asunto relacionados con sus funciones, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.

El ciudadano demandante planteaba el desconocimiento de los artículos 13, 16, 25, y 26 de la Constitución, fundado en que no resulta razonable ni proporcionado, además de que vulnera el derecho a la igualdad, restringir a un particular, por el hecho de su vinculación con la administración en el año inmediatamente anterior, el ejercicio lícito de una profesión u oficio.

Empero al parecer de la Corte la prohibición tiene *“un sólido fundamento constitucional”* respecto de aquellos asuntos que el servidor público conoció en ejercicio de su cargo e incluso con los organismos que conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual el mismo estuvo vinculado, pues, de no ser ello así *“aparecerían seriamente comprometidos y lesionados entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública”*<sup>11</sup>

Inicia la Corte:

*“4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.*

*4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador.*

*4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública.”*

En armonía con lo expuesto, la Corte resolvió declarar exequible la norma, siempre que se entienda que la prohibición, a que se refiere el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, *“ será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones, y que será de un (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado.”*

*(...), “pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad”*<sup>12</sup>

1.3 Se entiende entonces que las inhabilidades que restringen el acceso a la administración e impiden cumplir determinadas funciones, en consideración a los competencias desarrolladas privilegian el interés general en la probidad y la moralidad de la función pública, garantizando, además, los derechos a la igualdad, al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad de quienes se encuentran capacitados para prestar igual asistencia, representación o asesoría, pero no disponen de la facilidad y los contactos que depara estar vinculado a la entidad que demanda el servicio, en la actualidad o en el año inmediatamente anterior.

2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los representantes legales y miembros de consejos y juntas directivas de establecimiento públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y oficiales de servicios públicos y sociedades de economía mixta.

2.1 En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 28 de 1974 y oída esta Sala, como lo dispuso el artículo 2 de la misma normatividad, el Presidente de la República mediante el Decreto 128 de 1976, profirió el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas.

Dispone el Decreto, en lo que tiene que ver con la aplicación de la norma:

*“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.*

*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”

Es de anotar que el artículo 102 de la ley 489 de 1998<sup>13</sup>, hacen extensivo el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones previsto en el Decreto 128 de 1976 a los representantes legales y a los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, además de refrendar su aplicación a los representantes legales 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 el Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social.

Señala la disposición

*“ARTÍCULO 102. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y 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, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”*

2.2. Respecto del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades, aplicables a los funcionarios ya referidos, el Decreto 128 de 1976, dispone:

*“ARTÍCULO 3. DE QUIENES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes.*

- a. Se hallen en interdicción judicial.*
- b. Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos.*
- c. Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella.*
- d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos.*
- e. Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8 de este Decreto.*
- f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.*

*ARTÍCULO 4. DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz, pero no a voto.*

*ARTÍCULO 5. DEL NÚMERO DE JUNTAS O CONSEJOS A QUE PUEDEN ASISTIR LOS PARTICULARES. Los particulares no podrán ser miembros de más de dos (2) Juntas o Consejos Directivos de las entidades a que se refiere el presente Decreto.*

*ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES POR RAZÓN DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.*

*ARTÍCULO 9. DE LAS PROHIBICIONES PARA LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y PARA LOS GERENTES O DIRECTORES. Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán:*

- 1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o gobiernos extranjeros;*
- 2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;*
- 3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.*

*Quien viole las disposiciones establecidas en este Artículo puede ser destituido.*

*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 periodo 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*

*ARTÍCULO 11. DE LA PROHIBICIÓN DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la*  
**Concepto 1941 de 2009 Consejo de Estado**  
**- Sala de Consulta y Servicio Civil**

respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

**ARTÍCULO 12. DE LA PROHIBICIÓN DE ACTUAR EN CONTRA DE LA NACIÓN.** No podrán ejercer la profesión de abogado contra las entidades del respectivo sector administrativo, quienes hagan parte de las Juntas o Consejos a que se refiere el presente Decreto, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.

**ARTÍCULO 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES.** Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquélla:

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.

Las prohibiciones contenidas en el presente Artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este Artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la Ley.

**ARTÍCULO 23 DE LA APLICACIÓN DE OTRAS NORMAS.** Las inhabilidades incompatibilidades y responsabilidades establecidas en el presente Decreto se consagran sin perjuicio de las previstas en otras disposiciones para las mismas personas o funcionarios". (Subrayas fuera de texto)

2.3. Quiere decir, entonces, que con el propósito de asegurar la plena vigencia de los principios de moralidad e imparcialidad en la función administrativa, los representantes legales y miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y 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 "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". Así como "celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno".

-Durante el ejercicio de sus funciones

- Dentro del año siguiente a su retiro

- Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubiere conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

Siendo así y en consideración a la restricción establecida en el artículo 127 de la Carta Política y a la competencia atribuida por el ordenamiento constitucional al legislador para regular ampliamente la materia habrá de entenderse que los artículo 10 y 14 del Decreto 128 de 1976, no hacen otra cosa que reiterar la previsión constitucional a cuyo tenor "los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos (...)".

El legislador ha señalado que la restricción debe extenderse por un año más, contado a partir de la fecha en que el representante legal o miembro de los consejos o juntas directivas de establecimientos públicos y empresas y sociedades estatales hicieron dejación del cargo, lo anterior, sin perjuicio del tipo de vinculación vigente o que se hubiere dado entre el funcionario y la entidad pública.

2.4. En relación con el tema bajo estudio cabe recordar que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mediante sentencia del 24 de junio del año 2004, declaró la nulidad del Decreto 295 de enero del mismo año, que designaba como Gerente Liquidador de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, a quien, hasta el día que antecedió al nombramiento, fungió como Presidente de la entidad, desconociendo la inhabilidad prevista en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, dando lugar a que se configuren la incompatibilidad descrita en el artículo 14 del mismo decreto y permitiendo que se incurra en la prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002.

Señala la decisión:

"Por lo tanto, (...) 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.

Ahora bien, no obstante el artículo 230 del Código de Comercio hace posible que quien administre bienes de la sociedad sea designado liquidador, el mismo debe ser aplicado con integración de las demás disposiciones especiales que se aplican a las entidades descentralizadas debido a su particular naturaleza jurídica, razón por la cual la permisión del ordenamiento comercial, en principio, pareciera ser viable cuando haya transcurrido el año durante el cual le está prohibido a los funcionarios de las calidades descritas en la norma estar vinculados a la entidad.

Tal circunstancia sería, entonces, en un primer momento, suficiente para declarar la nulidad del Decreto 295 del 29 de enero de 2004, porque habiéndose desempeñado (...), debía esperar un año antes de poder prestar sus servicios profesionales en cualquier modalidad en la misma entidad.

Sin embargo, al analizar integralmente el Decreto 128 de 1976, en relación con el cargo de vulneración al artículo 14 también formulado por el actor en la demanda, se encuentra que el representante legal nunca podría ejercer el cargo de liquidador cuando cumplía las funciones propias de aquél cargo en una entidad descentralizada del orden nacional.

A juicio del actor, la citada disposición fue violada “al haber, (...) conocido y adelantado, durante el desempeño de sus funciones como representante legal, en calidad de presidente (...) todos aquellos negocios relacionados con la rendición de cuentas de la empresa, exigidos por el artículo 230 del código de comercio” (fl. 7).

Así también, aquél considera que al haber conocido el demandado los negocios (...) cuando ejerció el cargo de presidente le impedía atenderlos nuevamente en cualquier tiempo y la designación como liquidador implica actuar contrario a la prohibición por que en tal calidad deberá encargarse de los mismos asuntos.

En efecto, según se observó de su contenido antes transcrito, el artículo 14 del decreto mencionado prohíbe en el inciso cuarto a los miembros de las juntas y a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenecen aquélla, lo siguiente:

“Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.”

Pues bien, la norma busca evitar que los miembros de las juntas y de los gerentes o directores de las entidades descentralizadas desarrollen determinadas actuaciones, que para este caso consisten en celebrar contratos, gestionar negocios, o intervenir en los que hubieren adelantado durante el ejercicio de las funciones.

Y ello es así, porque debido a la naturaleza pública de las entidades descentralizadas, sus directores -entre los que se encuentran el representante legal y el liquidador- son servidores públicos, como lo señalan los artículos 5 del Decreto 3135 de 1968 y 2 del Decreto 1950 de 1973, y por esa calidad, están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a dicha categoría de funcionarios. Circunstancia, aquélla que es especial frente a la normatividad que trae el Código de Comercio, que regula las sociedades y relaciones comerciales de carácter privado y, por ende, sus directores son particulares, siendo entendible que los administradores puedan ser liquidadores, como lo permite el artículo 230.

Mientras que (...) está constituida como una sociedad de responsabilidad limitada sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, vinculada a la rama ejecutiva del poder público (...) y, en esa medida, a quien era su presidente y ahora liquidador le son aplicables los preceptos contenidos en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los servidores públicos.

Por lo tanto, de conformidad con el contenido y el espíritu del artículo 14 del Decreto 128 de 1976, particularmente el inciso cuarto, y a la naturaleza jurídica de la entidad de la que hace parte el demandado, la Sala considera que éste, al ejercer las funciones propias del cargo de liquidador, necesariamente deberá conocer de los negocios adelantados cuando se desempeñó como presidente contrariando de esta forma lo proscrito en el inciso cuarto del artículo 14 del Decreto 128 de 1976.

Además, la prohibición de conocer los negocios adelantados con anterioridad cuando el gerente o director hacia parte de la entidad es permanente, en la medida en que la norma indica no podrán hacerlo “por ningún motivo y en ningún tiempo”<sup>14</sup>

2.5. 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 sus 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.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala responde:

3.1. ¿Los servicios profesionales a los que alude el artículo 10 del Decreto N. 128 de 1976, se refieren a aquéllos que se derivan de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, aquellos relacionados con un vinculación legal o reglamentaria o aquellos derivados de una vinculación contractual laboral, como sería la de los trabajadores oficiales? ¿Se refiere a todos ellos o, en caso negativo a qué

tipo de vinculación se refiere la norma?

La restricción, a que alude el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 se aplica en todos los casos

3.2. *¿A la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto N° 128 de 1976, es posible que un funcionario de un Ministerio, Delegado del Señor Presidente de la República en la Junta Directiva de una sociedad de economía mixta, con participación accionaria estatal del 99.9997% de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, pueda ser nombrado en condición de trabajador oficial en esa sociedad de economía mixta de la cual es socio mayoritario el Ministerio al cual pertenece, sin que haya transcurrido el término de un año del que estatuye la norma?*

La Sala considera que la situación planteada se encuentra comprendida en la prohibición aludida, lo que impide tal nombramiento dentro del año señalado.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaria Jurídica de la entidad.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO    GUSTAVO APONTE SANTOS

Consejero

Consejero

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS

Secretaria de la Sala

LEVANTAMIENTO DE RESERVA CON AUTO DEL 6 DE MARZO DE 2013

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Radicaciones 11001-03-28-000-2004-0017-01 (3246 y 3567). Laudelino Ávila Mora contra el Gerente Liquidador de Minercol Ltda. C.P. María Noemí Hernández Pinzón.

2 Sentencia del 20 de febrero de 1996. Expediente No. 1513, Actor Tilo Londoño Suárez. C.P. Miren de Lombana de Magyanroff.

3 Sentencia del 24 de julio de 1999, Expediente 2231. Actor Juan Carlos Morales, C.P. Darío Quiñones Pinilla

4 Artículos 122.1 126, 127, 128, 129 Carta Política.

5 Artículo 179, 180 y 181, 232, 240, 245, 266, 267, 279, 291, 292 Ibíd.

6 Artículos 40.7, 253, 298, 303, 292, 312 Ibíd.

7 Sentencia C-209 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en igual sentido Sentencia C-194 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Ibídem

9 *“Para esta Corporación, el que sean razonables significa que “no puede ser arbitraria sino objetivamente justificable. Por consiguiente, debe existir una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad. Que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, es decir, que sea estrictamente necesaria para conseguirlo o que exista una relación justa y mesurada entre la causal de inelegibilidad adoptada y la finalidad que se pretende al impedir el nombramiento de la persona incurso en ella”.* Sentencia C-1212-01. M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-537-93 M.P. Hernando Herrera Vergara. En igual sentido sentencia C-373-95, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-1212-01 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras. La Corte Constitucional, en consideración con las finalidades de la restricción, encontró conforme con el ordenamiento constitucional -de acuerdo con los entendimientos señalados en la decisión-, la inhabilidad temporal que cobija a los directores y subdirectores de las Cajas de Compensación Familiar para acceder a cargos de elección popular, después de haber hecho dejación del cargo. En la medida que la inhabilidad preserva *“la integridad del proceso electoral, el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en una elección”*, fines estos, en sí mismos legítimos e imperiosos, puesto que impiden que quienes ostentaron poder, haciendo uso de éste, se ubiquen en posiciones de ventaja frente a sus competidores.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Sentencia C-893 de 2002, ya citada.

13 *“Por la cual se dictan norma 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”* -Diario Oficial No. 43.464 de 30 diciembre de 1998-.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Laudelino Ávila Mora contra Gerente Liquidador de Minercol Ltda. C.P. María Noemí Hernández Pinzón, radicación 3246.

---

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 03:56:40