



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 71751

Fecha: 23/03/2017

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades e incompatibilidades subsanables para que un ex empleado público del nivel directivo pueda contratar con una entidad del Estado. RAD.: 20172060043042 del 9 de febrero de 2017.

En atención al oficio de la referencia, en el cual se consulta si la inhabilidad contemplada en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 es subsanable, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- La Ley 1474 de 2011, entro a regir a partir del 12 de julio del 2011, la cual 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.”(Subraya fuera del texto)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

“4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios

de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos -puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.”
(Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo. Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

En la exposición de motivos del “Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se indicó:

“La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...)”

Según los antecedentes de la Ley 1474 de 2011, se busca terminar con la llamada puerta giratoria y evitar que el sector privado tomara ventaja de contar con exfuncionarios públicos para contratar con el Estado, y no que organismos que integran la administración pública estuvieran inhabilitados para contratar con el Estado cuando su representante legal cambiara de empleo público para ejercer otro cargo como empleado público dentro de la Rama Ejecutiva.

De acuerdo con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios, para evitar las ventajas del sector privado en la contratación de exfuncionarios del Estado para obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

a. Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado 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; o

b. 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.

Teniendo en cuenta que estas inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicán respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo. Y de igual forma no aplica para una nueva vinculación como empleado público en la misma entidad o en otra.

2.- Ahora bien, resulta importante precisar que las inhabilidades son situaciones de hecho previas, que impiden a un ciudadano acceder a un cargo público, participar en una licitación, contratar con el estado o postularse válidamente para ser elegido a un cargo o corporación pública. Mientras

que las incompatibilidades son igualmente situaciones de hecho simultáneas al ejercicio de una función pública. La razón de estos impedimentos está en la conveniencia pública, la transparencia administrativa y la debida gestión de lo público.

La jurisprudencia ha sido clara y uniforme al diferenciar dos tipos de inhabilidades: en el primer grupo, están las inhabilidades que se configuran como consecuencia de concurrir en el individuo, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos, como lo establece por ejemplo el artículo 126 de la Constitución Política, que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades tiene un componente puramente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos acceder a un determinado cargo se derivan es de la sanción penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta y no de circunstancias de naturaleza personal.

Por su parte las incompatibilidades se han entendido como limitaciones al servidor público durante el tiempo que ostente dicha calidad, es la imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades.

Las incompatibilidades son sobrevinientes, es decir que estando bajo una determinada investidura, no le es permitido desempeñar o realizar determinados actos, toda vez que podría estar incurso en una causal de pérdida de investidura o de sanción disciplinaria. Así pues las inhabilidades son previas al desempeño del cargo o de funciones públicas.

Las incompatibilidades otorgan la posibilidad de renunciar al cargo, ceder el contrato o renunciar a la investidura que se tenga, con la única finalidad de dotar de legalidad una situación que sobrevino en ilegal, lo que claramente no sucede con la inhabilidad, toda vez que una persona que se encuentre inhabilitada no tiene ninguna alternativa para superar tal situación, pues no depende de su voluntad.

Ahora bien, en el evento de que se produzca un nombramiento recaído en una persona que se encuentre dentro de las causales de inhabilidad o cuando la inhabilidad surja en forma sobreviniente, será declarado insubsistente mediante providencia motivada, porque las inhabilidades no son subsanables por ningún motivo, ni siquiera por el transcurso del tiempo.

Las incompatibilidades perduran mientras se ejerza el cargo o curul porque una vez se renuncia al empleo o a la investidura desaparecen; y si resulta algún impedimento para ejercer un nuevo cargo estaríamos ya frente a una inhabilidad.

La Inhabilidad es pues un defecto o impedimento para obtener un cargo, empleo u oficio, mientras que la incompatibilidad es un impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que la inhabilidad contemplada en el artículo 4 de la ley 1474 de 2011 no es subsanable, en el entendido que mientras trascurren los dos años de la dejación del cargo del empleado del nivel directo, este último no puede celebrar un contrato con la entidad donde prestó sus servicios.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.