



Función Pública

Concepto 064491 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000064491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000064491

Fecha: 23/02/2021 05:55:59 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Miembros de Junta Directiva. Miembro de junta directiva de una Empresa Industrial y Comercial del Estado para ser nombrado gerente de la misma entidad. RAD.: 20219000068652 del 9 de febrero de 2021.

Reciba un cordial saludo,

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si un miembro de la junta directiva de una empresa industrial y comercial del Estado con participación 100% pública, puede ser nombrado como gerente de la misma empresa de manera temporal o por encargo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Decreto [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, independientemente de si su régimen contractual o actividad comercial se rige por las normas del derecho privado, toda vez que la inhabilidad no hace distinción alguna frente a este aspecto.

Por lo tanto, el miembro de junta o consejo directivo o el gerente, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, se

encuentra inhabilitado para prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa. Igual inhabilidad se predica si ejerció como miembro de junta o consejo directivo o gerente en las que hagan parte del sector administrativo al que pertenece, independientemente si el régimen jurídico de la entidad en la cual se pretende prestar sus servicios es de derecho privado.

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. 2.187 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)

Por consiguiente, se considera 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, estará 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.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2023-11-03 14:18:02