

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No. 33341

Bogotá D.C., viernes, 23 de septiembre de 2011

Referencia: Inhabilidad del art. 4° de la Ley 1474 de 2011.

Doctor
Gustavo Valbuena Quiñones
gvalbuena@valure.com.co
Calle 97 A # 9-45 of. 204
Bogotá D.C.

Apreciado Doctor:

Me refiero a su comunicación en la pregunta sobre sobre la temporalidad de la inhabilidad establecida en el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción, de manera atenta le informamos lo siguiente:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En vista de lo anterior, éste Departamento NO es competente para pronunciarse sobre aspectos particulares y concretos en la presente respuesta por lo que no se pronunciará sobre el caso concreto planteado en su comunicación.

No obstante lo anterior, podemos informarle lo siguiente:

1. Inhabilidades e Incompatibilidades en la contratación pública

De forma general, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la Contratación Pública, se encuentra en normas Constitucionales y Legales.

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. La consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social insitos en la contratación.¹

Tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado:

"Las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

"Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6o. de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les

está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

"En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos v para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección v el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso."

"Las inhabilidades e incompatibilidades son de creación legal y de interpretación restrictiva, por lo tanto, cada situación debe estar ceñida estrictamente a la hipótesis taxativamente prevista por el legislador y su alcance no puede desbordarla."² (Negritas y subrayas fuera de texto)

2. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado

Sobre lo consultado, el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011 prevé lo siguiente:

"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." (Subrayas y negritas fuera de texto)

¹ Sentencia C-489 de 1996 Corte Constitucional

² CONSEJO DE ESTADO, sala de consulta y servicio civil, Consejero Ponente : Augusto Trejos Jaramillo, concepto del 29 de abril de 1998, Radicación número: 1097

En palabras del Ministerio de Interior, impulsor de esta medida, se busca que: "Los ex empleados públicos del Nivel Directivo no podrán ser contratistas del Estado en el mismo sector en el cual prestaron sus servicios, durante los dos (2) años siguientes al retiro del cargo"³ (subrayas y negritas son nuestras). En efecto, bajo el tenor de lo dispuesto en el artículo transcrito el cual en realidad obedece a una incompatibilidad, se prohíbe que un ex directivo, dentro de los 2 años a su retiro, contrate actividades que tengan relación con el sector al cual prestó sus servicios.

De esta manera, la incompatibilidad únicamente cobija a funcionarios del nivel directivo para desarrollar actividades relacionadas con el sector al cual pertenece la entidad para la cual laboró dentro de los 2 años siguientes a su desvinculación.

3. Retroactividad y retrospectividad de la Ley e inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Estatuto Anticorrupción

Respecto de su espacio-tiempo de aplicabilidad de la Ley 1474 de 2011, el artículo 135 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que esta aplicaría a partir de su expedición, vale decir, hacia futuro, lo que implica que no se puedan dar situaciones de retroactividad. Lo anterior no desconoce que se pueda dar el fenómeno de la retrospectividad de la Ley y que en virtud de ésta se puedan generar regulaciones a situaciones no consolidadas con anterioridad a la expedición de la Ley.

Al respecto, es oportuno mencionar el desarrollo que sobre conflicto de leyes en el tiempo hace la Academia de Jurisprudencia Colombiana en los siguientes términos:

"1. Conflicto de leyes en el tiempo y el principio de irretroactividad.

En primer lugar, se presenta un conflicto de leyes en el tiempo cuando surge la necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto que nació bajo la ley antigua, pero cuyos efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. El conflicto se centra en determinar si a ese hecho en concreto, se le aplicará lo establecido en la ley nueva, o por el contrario, lo señalado en la ley anterior. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado por completo bajo una ley antigua, no existe un conflicto de leyes, como tampoco lo habrá cuando los hechos y situaciones que deben ser regulados se presentan en su integridad durante la vigencia de la nueva ley.

La fórmula general que permite solucionar un conflicto de leyes en el tiempo, es la irretroactividad de la ley, según la cual la ley nueva rige para todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Tal posición garantiza que se respeten los derechos, hechos y relaciones jurídicas formados de manera válida bajo el imperio de una ley anterior. Esta prohibición de retroactividad encuentra su razón de ser en el mantenimiento del orden público, pues otorgar, como regla general, efectos retroactivos a las leyes nuevas, significaría destruir la confianza y la seguridad que se tiene en las normas jurídicas por parte del conglomerado social al cual se le aplican tales reglas³⁴. Se puede inferir,

³ Ministerio del Interior y de Justicia. Cartilla Estatuto Anticorrupción. Bogotá: Imprenta Nacional. 2011. Pág. 9. Disponible en: <http://www.mü.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20ESTATUT07020DEY020ANTICORRUPCMC3%93N73.PDF>

⁴ "A pesar de todo, el principio de la no retroactividad de las leyes no deja de imponerse con la fuerza de una perogrullada, poniendo a la omnipotencia de la ley un límite derivado de la naturaleza misma de las cosas. En efecto si se permite a la ley

entonces, que en el derecho colombiano, la regla general es que cuando se promulga una nueva ley, la misma tenga una vocación de vigencia hacia el futuros.

Ahora bien, de manera excepcional, se han planteado algunas situaciones de ultractividad o de retroactividad de la ley. En virtud de la primera, una ley derogada continúa regulando situaciones nacidas bajo su imperio; en cambio, por el fenómeno de la retroactividad puede tener aplicación una norma sobre situaciones acaecidas bajo el amparo de una ley anterior, tal y como ocurre con las leyes que favorecen a los reos penales, o con aquellas que comprometen el interés público o social.

O también, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que por mandato legal se respete lo surtido bajo la ley antigua, caso en el cual hablamos de retrospectividad de la ley⁵⁶." (Negritas y subrayas fuera de texto)

Como se desprende de lo anterior, si una situación estaba consolidada antes de la expedición de la Ley que para nuestro estudio referimos a la Ley 1474 de 2011, es decir, antes del 12 de julio de 2011, la nueva incompatibilidad que creó dicha Ley en el artículo 4° referido no es aplicable a personas que se hayan desvinculado del servicio público con anterioridad, pues al momento de su retiro no les gobernaba la regulación del Estatuto Anticorrupción.

Ahora bien, sobre el alcance de la inhabilidad e incompatibilidad sobrevinientes, el Consejo de Estado indicó:

"1.3. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.

"Una circunstancia de inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente en materia contractual es aquella que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato y ocasiona que, a partir de ese momento, el contratista no pueda seguir ejecutándolo.

"El artículo 90. del estatuto contractual prescribe que si llega a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, de no ser ello posible, renunciará a su ejecución. Igualmente determina que cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

"Trata así de evitarse que el contratista, dada su condición, continúe vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo siga tomando parte, en abierta contradicción con el artículo 13 constitucional que estatuye el principio de igualdad, en los procesos de selección y adjudicación, lo cual

llegar a trabucar todo un pasado jurídico, regularmente establecido, la ley no toma ya sino la catadura de un instrumento de opresión y de anarquía." Cfr. JULIEN BONECASSE, Introducción al estudio del derecho, Ediciones Librería Siglo XX, Bogotá, 1945, p.145.

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-402 del 10 de agosto de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

⁶ Artículo 17 de la ley 153 de 1887: "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las cercene o las anule.

⁷ Academia Colombiana de Jurisprudencia, Ernesto Rengifo García Académico correspondiente, Concepto del 27 de junio de 2005, ER-86-06. Disponible en: http://www.acj.org.co/conceptos/concepto_009-2005.htm

implicaría la ruptura del necesario equilibrio que debe observarse frente a los demás contratantes, concursantes o licitantes."8

De la misma manera, el Artículo 96 de la Ley 1474 de 2011 reguló lo pertinente en los siguientes términos:

"RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación estatal en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

"No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia."

En vista de lo anterior, la misma Ley 1474 dispuso por otra parte y de manera adicional a o señalado sobre la retroactividad o retrospectividad en el presente concepto, que si al momento de expedición de la Ley se encontraban incluso procesos contractuales en curso, no sobrevendrían situaciones de inhabilidad o incompatibilidad creados en esa Ley como la que es objeto de examen en el presente escrito, motivo por el cual, era clara la voluntad del legislador e regular situaciones que se consoliden a futuro.

4. Conclusión

En vista de todo lo anterior, es posible concluir que al momento de la expedición de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, si un servidor público del nivel directivo se encontraba desvinculado de la respectiva entidad y sector, no le aplicará la incompatibilidad creada en el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011 que introduce el literal f) al numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 respecto de ese cargo, entidad y sector en concreto. No obstante se aclara que respecto de los cargos que estuviere ejerciendo al momento de la expedición de la Ley referida, le será aplicable dicha disposición y sus efectos correspondientes respecto de la entidad y sector en el cual estuviere laborando.

Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 230 de la Constitución Política y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen al Departamento Nacional de Planeación, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el peticionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública

Departamento Nacional de Planeación

⁸ CONSEJO DE ESTADO, sala de consulta y servicio civil, Consejero Ponente : Augusto Trejos Jaramillo, concepto del 29 de abril de 1998, Radicación número: 1097