

CONCEPTO 52633 DE 2019

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: WILSON CÉSAR GARCÍA CAMARGO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)

ASUNTO: Concepto – Inhabilidades e incompatibilidades en las Convocatorias de Investigación (Comunicación Interna 20191400052633).

Apreciado doctor XXXXX,

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina Asesora Jurídica se permite emitir respuesta a la consulta elevada, relacionada con la posibles causales de inhabilidades e incompatibilidades, aplicables a ex servidores públicos que ostentaron cargos directivos y que se puedan presentar dentro del proceso contractual derivado de las Convocatorias de Investigación, en los siguientes términos:

I. CONSULTA

“(…) Es posible continuar con el proceso contractual o (…) efectivamente existe una inhabilidad por parte del estudiante, dada su condición de directivo del Icfes hasta octubre del año pasado (…)”

II. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad a la consulta y, en virtud de los supuestos facticos y normativos se puede esgrimir el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentran inmersos en alguna de las causales de inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la Constitución y en la Ley para suscribir contratos con el Icfes, quienes desempeñaron funciones en el nivel directivo de la Entidad?

III. RESPUESTA DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Si. La Ley [80](#) de 1993 establece dentro de las causales de inhabilidad, entre otras, que no podrán participar ni celebrar contratos con la entidad respectiva, que para el caso es Icfes, quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, la cual se extenderá por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro del servidor^[1].

Asimismo, la citada Ley establece que, no podrán celebrar contratos con la entidad respectiva, que para el caso es Icfes, 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 contractual a desarrollar tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios^[2].

- Fundamentos normativos de la respuesta aplicado al caso en concreto

El artículo [12](#) de la Ley 1324 de 2009^[3] dispuso la transformación del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – Icfes, en una Empresa estatal de carácter social del sector Educación Nacional, entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional.

Así mismo, el inciso 6 de la citada norma señaló, en lo que respecta al régimen jurídico contractual, que los actos realizados por el Icfes para el desarrollo de sus actividades estarán sujetos a las disposiciones del derecho público, entre tanto, los contratos que deba celebrar y otorgar el Instituto como entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.

No obstante, si bien el Icfes goza de un régimen jurídico excepcional inmerso en una naturaleza jurídica especial otorgada por Ley, la actividad contractual del Instituto no podrá desconocer los principios propios de la función administrativa y el sometimiento legal al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal que, para tal efecto, el artículo [13](#) de la Ley 1150 de 2007 dispuso lo siguiente:

“Artículo [13](#). Principios Generales de la Actividad Contractual para Entidades No Sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos [209](#) y [267](#) de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. (Subrayado fuera de texto original)

De acuerdo con lo anterior, se colige que, el Icfes al contar con un régimen jurídico en materia de contratación de carácter privado, este no deberá entenderse exclusivamente de dicha naturaleza, pues con el sometimiento legal descrito anteriormente, a él se integran los principios de la función administrativa, además de las inhabilidades e incompatibilidades que se encuentra expresamente consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley [80](#) de 1993^[4].

De esta manera, quedó consagrado en el Manual de Contratación del Instituto^[5] en el cual se dispuso, en lo que respecta a las inhabilidades e incompatibilidades, lo siguiente:

“Artículo 4. Inhabilidades e Incompatibilidades.

(...)

En los procedimientos de selección que se adelanten y en los contratos que se celebren, el Icfes aplicará las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables para la contratación estatal, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos [8](#) y [9](#) de la Ley [80](#) de 1993, en el artículo [13](#) de la Ley 1150 de 2007, y en la Ley [1474](#) de 2011, o a las que hagan sus veces. (...)”. (Subrayado fuera de texto original)

Así las cosas y abordando el caso en concreto, en lo que respeta al régimen de inhabilidades para

contratar, el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993 establece, entre otras, la siguiente:

“Artículo [8](#). De Las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar.

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) 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.

(...)”. (Subrayado fuera de texto original)

De acuerdo con la norma transcrita, el literal a) del numeral 2o del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, se entiende que no podrán celebrar contratos con la entidad respectiva, que para el caso corresponde al Icfes, quienes hayan tenido la calidad de servidores públicos en la entidad contratante (Icfes) siendo miembros de la junta o consejo directivo o ejerciendo funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, el cual se contará a partir de la fecha del retiro.

A su turno, el artículo [4o](#) de la Ley 1474 de 2011 [\[6\]](#) adicionó una inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado, precepto que fue consignado en el literal f) del numeral 2 del artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, el cual reza:

Artículo [8](#). De Las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar.

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

f) 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. (...)”. (Subrayado fuera de texto original)

Al respecto debe decirse que el literal f) adicionado, dispone que no podrán celebrar contratos con la respectiva entidad, que para el caso se entiende el Icfes, directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, incluso en la entidad donde sirvieron como empleados públicos, inhabilidad que rige durante los dos (2) años siguientes a la fecha del retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta interpretación tiene asidero jurisprudencial mediante Sentencia C-257 de 2013 [\[7\]](#) emitida

por la Corte Constitucional, la cual indicó lo siguiente:

“(…) 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 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. (…)” (Subrayado fuera de texto original)

Finalmente, el espíritu de la norma al adicionar una nueva regla de inhabilidad consiste en constituir medidas administrativas que luchen en contra de la corrupción que se presenta en la contratación estatal.

De acuerdo con lo anterior, para el caso en concreto y considerando que el señor Giovany Babativa Márquez desempeñó el cargo de Director de Producción de Operaciones en el Instituto, según información suministrada por la Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales hasta el 22 de octubre de 2018, actualmente se encuentra inhabilitado para contratar con la Entidad; no obstante, para determinar el tiempo de la inhabilidad se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. La inhabilidad se extenderá por el término de un (1) año siguiente a la fecha de retiro, considerando que señor Giovany Babativa Márquez desempeñó funciones en el nivel directivo dentro del Icfes; o
- b. Si el contrato a celebrar tiene como objeto actividades que se desarrollen en relación con el sector al cual prestó sus servicios, que para el caso es sector educación, la inhabilidad se extiende durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

IV. CONCLUSIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Conforme a las anteriores consideraciones, esta Oficina se permite concluir lo siguiente:

- Si bien el Icfes cuenta con un régimen jurídico en contratación de naturaleza especial, otorgado mediante la Ley [1324](#) de 2009, en lo que respecta al régimen de inhabilidades e incompatibilidades deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, en virtud del artículo [13o](#) de la Ley 1150 de 2007.

- Las inhabilidades de que trata el artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, especialmente las señaladas en los literales a) y f) aplicaran para los ex servidores públicos que desempeñaron funciones para el Icfes, así:

- a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la Entidad, 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.
- b. Quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, incluso en el

Icfes, 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.

En los anteriores términos queda resuelta la consulta.

Cordialmente,

WILSON CÉSAR GARCÍA CAMARGO

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Literal a) del numeral 2o del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.
2. Literal f) del numeral 2o del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.
3. “Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES”.
4. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.
5. Acuerdo [002](#) de 21 de marzo de 2019.
6. “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”.
7. 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. M.P., Dr. Jaime Córdoba Triviño.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.
Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo