



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado Ponente: PEDRO PABLO VANEGAS GIL

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 05001-23-33-000-2021-00936-01
Demandante: HERNÁN DARÍO CADAVID MÁRQUEZ
Demandado: JORGE ANDRÉS CARRILLO CARDOZO - GERENTE DE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN - EPM

Tema: Inhabilidad artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos, en escritos diferentes, por el demandado, las Empresas Públicas de Medellín ESP –EPM- y la alcaldía de Medellín contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, declaró la nulidad del acto de elección acusado.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

1. Hernán Darío Cadavid Márquez, actuando en nombre propio, demandó la nulidad del Decreto No. 0281 del 13 de abril de 2021, acto de nombramiento de Jorge Andrés Carrillo Cardozo como gerente de Empresas Públicas de Medellín ESP (en adelante EPM), y solicitó la remisión de copias del expediente a las autoridades competentes para que investiguen al alcalde de Medellín, Daniel Quintero Calle, por la inobservancia del régimen de prohibiciones e inhabilidades.

1.1. Fundamento fáctico

2. Mediante Decreto 0281 de 13 de abril de 2021, el alcalde de Medellín nombró a Jorge Andrés Carrillo Cardozo gerente de EPM, quien ejercía como miembro de la junta directiva de la misma sociedad¹, cargo desde el cual desempeñaba

¹ Cargo al que renunció el mismo 13 de abril de 2021 y el 14 del mismo mes y año, tomó posesión como gerente.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

“funciones de direccionamiento estratégico, supervisión de negocios de la entidad, y control y evaluación del desempeño del gerente”.

1.2. Concepto de la violación

3. El actor afirmó que el acto de nombramiento de Jorge Andrés Carrillo Cardozo está viciado de nulidad, por incurrir en la causal del artículo 275.5 del CPACA, porque el demandado está incurso en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 10² del Decreto 128 de 1976³, según la cual a los miembros de las juntas directivas de entidades descentralizadas les está prohibido prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuaron, dentro del año siguiente a su retiro.

4. Esto porque el demandado renunció a su calidad de miembro de la junta directiva de EPM el 13 de abril del 2021 y, en la misma fecha fue nombrado gerente general de la misma sociedad.

5. Indicó que de acuerdo con la sentencia de 24 de junio de 2004 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴, la expresión *“servicios profesionales”* a la que alude la norma presuntamente violada, no solo corresponde a los servicios derivados de un contrato de prestación de servicios, sino también al vínculo legal o contractual que tiene el demandado con EPM ESP.

6. Argumentó que dicha postura fue reiterada en los conceptos Nos. 1941 de 2009 y 2187 de 2014 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante los cuales fue analizada la prohibición fijada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, donde se precisó que no solo resulta aplicable cuando se está vinculado en virtud de un contrato de prestación de servicios, sino que también cuando se realiza mediante una relación legal y reglamentaria.

7. Indicó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante dichos conceptos pretendía proteger principios como la moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia en la función administrativa, toda vez que la norma no admitió excepción alguna y debe ser aplicada con todo su rigor.

² Artículo 10^o.- *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.

³ *“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.”*

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, 24 de junio de 2004, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad.: 11001-03-28-000-2004-0017-01.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

8. Sin embargo, precisó que dicha tesis fue modificada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto 2395 de 5 de febrero de 2019. En la nueva postura fijada se indicó que, la prohibición prevista, únicamente resulta aplicable al contrato de prestación de servicios, sin ser admisible, por analogía, darle una interpretación distinta, en concordancia con el carácter restrictivo de las inhabilidades.

9. Concluyó que la postura fijada en el concepto emitido en el 2019 no es vinculante de conformidad con el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, a diferencia de la sentencia del 24 de junio de 2004 proferida por la Sección Quinta, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.3. Trámite de primera instancia

10. El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, en auto de 2 de junio de 2021, admitió la demanda, vinculó al municipio de Medellín y a las Empresas Públicas de Medellín ESP y ordenó las notificaciones de rigor (art. 277 CPACA).

11. Por auto del 8 de julio de 2021, resolvió no declarar próspera la excepción de inepta demanda, por proposición jurídica incompleta, propuesta por EPM.

12. La apoderada de EPM interpuso recurso de reposición frente a la decisión y, mediante auto de 22 de julio de 2021 el Tribunal resolvió no reponer.

1.4. Contestaciones

13. **El demandado**, por conducto de apoderado, manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al concluir que no se configura la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, porque aunque dicha disposición normativa es aplicable a EPM, no lo es para el cargo de gerente de la entidad pues, no puede considerarse que con su ejercicio se configure la prestación de un servicio profesional, por el contrario debe tenerse en consideración que su vinculación y las funciones desempeñadas, implican la existencia de una relación de carácter legal y reglamentaria, por consiguiente la prohibición no es inaplicable a dicho cargo.

14. Indicó que su participación como miembro de la junta directiva de EPM, fue como particular designado y no como empleado público y que no es posible derivar de la prestación de servicios profesionales una relación legal y reglamentaria, a lo que agregó que para ser gerente de la entidad no se exige ser profesional.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

15. Resaltó que la norma que se cita como fundamento de la prohibición solo resulta aplicable cuando se celebra contrato de prestación de servicios profesionales y reiteró que el gerente se vincula con EPM mediante una relación legal y reglamentaria.

16. **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó que el nombramiento de su gerente se encuentra ajustado a derecho, sin configurarse inhabilidad alguna.

17. En todo caso, indicó que no intervino en el acto de nombramiento del demandado, pues se trató de una decisión autónoma e independiente del alcalde de Medellín, en virtud de la competencia otorgada por la Constitución Política y la ley.

18. Consideró que el hecho de que Jorge Andrés Carrillo Cardozo se encontrara ejerciendo funciones de evaluación en la gestión y desempeño del gerente general de la entidad, resulta irrelevante para el presente proceso, toda vez que el cuestionamiento de la demanda gira en torno a establecer la legalidad de su nombramiento, ante una presunta inhabilidad, sin tener relación alguna las funciones desempeñadas en la junta directiva.

19. Adujo que, la causal de inhabilidad invocada solo resulta procedente en los casos en que el ex miembro de la junta directiva celebre un contrato de prestación de servicios y que la interpretación del demandante resulta equivocada frente a la norma invocada, toda vez que extendió una hipótesis no prevista expresamente.

20. Argumentó que el señor Carrillo Cardozo no está inhabilitado puesto que ni el cargo en el que fue nombrado y las funciones que desempeña no exige o demanda el ejercicio de servicios profesionales.

21. Afirmó que la sentencia citada por el accionante⁵ en el escrito de demanda, no reúne los requisitos establecidos para tener fuerza vinculante de conformidad con en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

22. **El municipio de Medellín**, mediante su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que el acto acusado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y no adolece de ninguno de los vicios alegados por el accionante.

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, 24 de junio de 2004, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad.: 11001-03-28-000-2004-0017-01(3246).



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

23. Precisó que la afirmación hecha por el actor, frente a las funciones de la junta directiva de EPM, no corresponden con las enlistadas en el artículo 17⁶ del Acuerdo 12 de 1998⁷, las cuales son las que realmente rigen su funcionamiento.

24. Adujo que la prohibición prevista en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en cuanto a los miembros de la junta directiva de la entidad, se limitó a la prestación de servicios profesionales dentro del año siguiente a su retiro.

25. Manifestó que la providencia de 24 de junio de 2004, proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta, citada por el actor no constituye precedente jurisprudencial dado que no es una sentencia de unificación de conformidad con lo previsto en el CPACA.

1.5. Audiencia inicial

26. La diligencia se realizó el 13 de agosto de 2021, en la cual se saneó el proceso, se incorporaron y decretaron las pruebas, y se fijó el litigio así:

“Corresponderá a la Sala resolver sobre la legalidad del acto administrativo de Declaratoria de Elección contenido en el Decreto N° 0281 del 13 de abril de 2021, mediante el cual se procedió con el nombramiento del señor JORGE ANDRÉS CARRILLO CARDOZO, como Gerente General de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. – EPM, determinando si éste se encontraba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, o si por el contrario, en el caso del demandado se configuró la inhabilidad alegada, toda vez que la misma opera cuando se prestan “servicios profesionales”, parámetro dentro del cual no cabe haberse desempeñado como miembro de la Junta Directiva, sino que se deriva de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales o de una relación legal y reglamentaria.”

1.6. Alegaciones en primera instancia

27. **La parte demandante** reiteró sus pretensiones al concluir que el demandado está inmerso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, pues dicha disposición enmarca tanto la relación laboral como la contractual de la entidad.

28. **El demandado** indicó que adhiere a los argumentos expuestos para fundamentar la inexistencia de precedente jurisprudencial, refiriendo al fallo de esta Sección citado en la demanda porque, en efecto, esa decisión no constituye

⁶ Funciones de la Junta Directiva. Son funciones de la junta directiva (...)

⁷ “Por medio del cual se adoptan los estatutos de la empresa industrial y comercial EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.”.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

precedente. Reiteró su postura según la cual la inhabilidad alegada no se configura en su caso.

29. **El municipio de Medellín** insistió en los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en su intervención.

30. **Empresas Públicas de Medellín ESP –EPM-**, aludió a los puntos previamente descritos de su escrito de contestación, para manifestar que las pretensiones del actor deben ser denegadas.

1.7. Concepto del ministerio público en primera instancia

31. La Procuraduría 31 Judicial II Administrativa pidió negar las pretensiones de la demanda, en síntesis, por considerar que comparte las conclusiones a las cuales arribó el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil expuesta en el concepto 2395 de 2019, y por considerar que no existe precedente judicial para el caso en comento, toda vez que la providencia señalada por el accionante, fallo de la Sección Quinta de 2004, no es sentencia de unificación.

1.8. Sentencia de primera instancia

32. El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, mediante sentencia del 13 de octubre de 2021, **declaró la nulidad** del artículo 1º del Decreto 0281 de 2021, mediante el cual se nombró a Jorge Andrés Carrillo Cardozo gerente general de EPM y denegó las demás súplicas de la demanda.

33. Como fundamento de su decisión demostró que el Decreto Ley 128 de 1976 aplica para los miembros y ex miembros de la junta directiva de EPM.

34. Afirmó que el empleo de gerente general de EPM tiene connotación profesional dada “...su *altura jurídica, financiera y administrativa*...”, lo que derivó del análisis del “*Convenio Marco de Relaciones Municipio de Medellín – Empresas Públicas de Medellín*” y del compromiso del alcalde de esa municipalidad de nombrar ese cargo teniendo en consideración criterios de experiencia, idoneidad, profesionalidad, honestidad y solvencia moral, según da cuenta el convenio de gobernabilidad en su capítulo 2º.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

35. Refirió a la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, que data de 2004⁸ y a los Conceptos de la Sala de Consulta 1941⁹, 2187¹⁰ y 2395 de 2019¹¹.

36. Arribó al caso concreto y sostuvo que el contenido del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 debe interpretarse junto con el 14¹² de la misma norma pues, este último contiene a título de incompatibilidad para los miembros de las juntas y de los gerentes o directores la de “celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno”. Así las cosas, en su criterio “...el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976 NO puede estar consagrando una prohibición consistente en que los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del Estado con relación a la entidad en la que actúan o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que pertenezca dicha entidad, puedan vincularse a la misma bajo la forma de «contrato estatal de prestación de servicios», porque, como se lleva explicado, el precepto en parte alguna emplea la locución «contrato», y además, porque el contrato de prestación de servicios quedó expresamente proscrito pero no por el artículo 10º sino por el artículo 14 del mismo Decreto 128 de 1976”.

37. De acuerdo con lo expuesto determinó que la prohibición contenida en el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976 “...únicamente se puede estar refiriendo a la vinculación legal y reglamentaria, no a la que es propia del contrato estatal de prestación de servicios y, menos aún, como se ha dicho también, al «contrato laboral» que se suscribe para vincular al Estado a los denominados «trabajadores oficiales»”.

38. Luego, aludió al contenido del artículo 28 del Decreto Ley 3130 de 1968, para manifestar que esas causales de incompatibilidad fueron “retomadas y divididas” en los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976.

⁸ Rad. No. 1100103280002004001701, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁹ Del 26 de febrero de 2009, Rad. 110010306000020090001300, M.P. William Zambrano Cetina

¹⁰ Del 6 de agosto de 2014, Rad. 11001030600020130052100, M.P. Augusto Hernández Becerra

¹¹ Rad. No. 11001030600020180016000, M.P. Germán Bulla Escobar

¹² **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 aquella:

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.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

39. En este orden de ideas, concluyó que se demostró que Jorge Andrés Carrillo Cardozo se encontraba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 10° del Decreto Ley 128 de 1976, porque sin que se hubiera vencido el periodo inhabilitante que se determina en la norma y sin solución de continuidad, pasó de ser miembro de la junta directiva de Empresas Públicas de Medellín a desempeñar el cargo de gerente general de la misma entidad.

40. Finalmente, negó la solicitud de remitir copias para que se investigue al alcalde de Medellín porque el demandante puede acudir a la autoridad competente de manera directa.

1.9. Apelaciones

41. **El demandado**, solicitó revocar la decisión, para lo cual, expuso los siguientes argumentos:

i) El sustento del fallo radicó en la aplicación de una norma derogada (artículo 28 del decreto 3130 de 1968), interpretando de manera errada los artículos 10 y 14 del Decreto Ley 128 de 1976, circunstancia que no viene al estudio del caso ya que su análisis debe centrarse en la norma invocada por el actor.

ii) La norma presuntamente transgredida no establece taxativamente prohibición para aquellos que fueron miembros de juntas o consejos de las empresas del Estado, y tampoco que la prestación de servicios profesionales pueda derivar de una situación legal y reglamentaria siendo funcionario público, como lo concluyó el *a quo*.

iii) Inexistencia de norma que impida que un miembro de la junta directiva pase a desempeñar el cargo de gerente de la entidad descentralizada, toda vez que la intensión de la norma presuntamente violada tiene que ver con un propósito ético, previniendo la posibilidad de obtener beneficios indebidos en el ejercicio de su cargo, para obtener un contrato de servicios profesionales.

iv) El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 estableció una prohibición para celebrar contratos, mas no una inhabilidad para ser designado como gerente, es decir, fijó una incompatibilidad y no una inhabilidad para ser designado en el cargo de la respectiva entidad.

42. **Empresas Públicas de Medellín ESP**, solicitó revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarar la legalidad del Decreto 0281 de 2021, porque el demandado no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad que alega el actor, lo cual apoyó así:



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

i) El artículo 102 de la Ley 489 de 1998 extendió la aplicación del Decreto Ley 128 de 1976, únicamente, a las entidades del orden nacional, razón por la cual no puede utilizarse para entidades del orden territorial, como sucede en el presente caso. Su interpretación debe ser restrictiva y taxativa estando frente a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, razón por la cual no existe norma que lo extienda al orden territorial.

ii) El fundamento de la inhabilidad no guarda relación con el profesionalismo o no de quien desempeña el cargo de gerente, ya que lo que pretende es la protección de la función administrativa, denotando que la empresa y su misionalidad no se ven menoscabados al ser miembro de la junta directiva, circunstancia en la cual venía defendiendo y protegiendo los mismos intereses.

iii) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encuentra consagrado en la Constitución Política y la ley, razón por la cual tiene un carácter prohibitivo, taxativo y de interpretación restrictiva, por tanto, no se le puede dar un alcance distinto al “*sentido natural y obvio*”, lo cual generaría una transgresión de garantías esenciales reconocidas en la Carta Política al hacer una interpretación extensiva y analógica.

iv) El cargo de gerente de EPM no exige título profesional, ni su ejercicio supone la prestación de servicios profesionales, ya que el Convenio Marco de Relaciones Municipio de Medellín – Empresas Públicas de Medellín, ni el Código de Buen Gobierno emitido por su Junta Directiva le crearon requisitos al cargo.

43. **El municipio de Medellín** solicitó revocar la sentencia para lo cual expuso que:

i) La interpretación realizada por el *a quo* violó el principio jurídico “*pro libertate*”, el cual se encuentra estatuido en el artículo 40 de la Constitución Política, ya que al haber dos posibles interpretaciones de la inhabilidad prevista en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, una que la limita a los contratos de prestación de servicios profesionales y otra que la amplía a las relaciones de carácter legal y reglamentaria, el tribunal prefirió aplicar la más extensiva, limitando en mayor medida la posibilidad de acceder al cargo de gerente de EPM.

ii) El tribunal desconoce la Ley 909 de 2004, ya que, a la luz de esta, la relación legal y reglamentaria no es la prestación de servicios profesionales sino el ejercicio de funciones públicas, luego entonces, cuando el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 utiliza la expresión “*prestar sus servicios profesionales*”, hace referencia a las personas que prestan a las entidades sus servicios profesionales.

iii) La interpretación del artículo 10 del Decreto Ley 128 en 1976 efectuada por el tribunal contraría el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, es



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

contradictoria y la decisión adoptada no corresponde con la finalidad perseguida por la norma aplicada.

iv) El tribunal distorsionó el análisis del Consejo de Estado en el concepto 2395 del 5 de febrero de 2019 ya que asimiló erróneamente las expresiones “*prestación de servicios profesionales*” y “*contrato de prestación de servicios*”, los cuales son dos conceptos diferentes.

44. Los recursos fueron concedidos por el tribunal mediante auto de 22 de octubre de 2021 y admitidos por el despacho ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia de 29 de octubre de 2021, que ordenó los debidos traslados (art. 292 y 293 CPACA).

1.10. Alegaciones en segunda instancia

45. **El demandado** replicó las razones de defensa presentadas en el recurso de apelación, resaltando los yerros en que incurre la decisión de primera instancia, solicitó revocar la sentencia proferida por el *a quo* y desestimar las pretensiones del demandante.

46. **El municipio de Medellín** solicitó tener en consideración todos los argumentos y conclusiones expuestos en el escrito de contestación de la demanda y el recurso de apelación.

47. **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.** solicitó revocar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia para lo cual reiteró los argumentos y análisis expuestos en su apelación.

48. Por otra parte, según consta en el paso a despacho de 24 de noviembre de 2021, aunque el Ministerio Público fue debidamente notificado y se corrió el traslado para que rindiera concepto, guardó silencio.¹³

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

49. De conformidad con los artículos 150 y 152.9¹⁴ del CPACA y 86 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo

¹³ Índices 17 y 18 del expediente digital de la plataforma SAMAI

¹⁴ Valga aclarar que esta regla corresponde al texto original de la Ley 1437 de 2011, que mantiene su vigencia para el caso en virtud del artículo 86 de la Ley 2080 de 2020, conforme con el cual esa nueva legislación “*rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las*



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

2.2. Acto demandado

50. Corresponde al Decreto 0281 de 13 de abril de 2021 proferido por el Alcalde de Medellín, mediante el cual Jorge Andrés Carrillo Cardozo fue nombrado como gerente general de Empresas Públicas de Medellín ESP -EPM-.

2.3. Problema jurídico

51. Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo apelado. En tal sentido, se debe establecer si es o no aplicable la disposición normativa invocada, a partir de los argumentos plasmados en la alzada.

52. Para resolver la anterior cuestión, la Sala se referirá: i) al proceso de designación del gerente general de EPM, a los requisitos y funciones del cargo, ii) la diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad; iii) régimen de Inhabilidades e incompatibilidades para ser gerente de EPM; iv) decisiones del Consejo de Estado en relación con la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 y; v) caso concreto.

2.4. Proceso de designación del gerente general de EPM

53. El Concejo de Medellín, mediante Acuerdo 58 de 6 de agosto de 1955, creó las Empresas Públicas de Medellín –EPM- como establecimiento público autónomo, el que fue transformado, posteriormente, en empresa industrial y comercial del Estado mediante el Acuerdo 69 de 10 de diciembre de 1997¹⁵, expedido por el Concejo de Medellín.

54. Consecutivamente el Concejo de Medellín, mediante el Acuerdo 12 de 28 de mayo de 1998¹⁶, adoptó los estatutos de EPM, fijó la representación legal de la

competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley”.

¹⁵ “**Artículo 10. Transformación.** El Concejo de Medellín en cumplimiento de las disposiciones de transformación de las empresas de servicios públicos domiciliarios contenidas en las leyes 142/94 y 286/96, previa iniciativa de la Administración Municipal, y seleccionado entre las naturalezas jurídicas legalmente establecidas, mediante el presente Acuerdo transforma el establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de propietario único y del orden municipal.”

¹⁶ “**Artículo 18. Representación Legal.** La administración de las **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, su representación legal y la gestión de sus negocios estarán a cargo del Gerente General, quien tiene facultades para celebrar o ejecutar, sin otras limitaciones que las establecidas



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

empresa en el gerente general, y precisó que será nombrado o removido por el alcalde de Medellín¹⁷.

55. El artículo 58¹⁸ del Decreto 883 de 3 de junio de 2015¹⁹ proferido por la alcaldía de Medellín (modificado por el Acuerdo Municipal 01 de 2016), determinó, que el gerente general de EPM, es un empleado de libre nombramiento y remoción del alcalde de Medellín el cual, adicionalmente, debe regirse por las calidades, responsabilidades, inhabilidades, incompatibilidades y funciones que determine la ley y los estatutos de la entidad.

2.6. Requisitos para la elección del gerente general de EPM

56. Actualmente los estatutos de EPM no fijan específicamente los requisitos que debe cumplir el gerente general para ser nombrado, sin embargo, esta institución, mediante el Código de Gobierno Corporativo²⁰ manifestó en el numeral 4.1 que la elección o remoción del cargo estará en cabeza del alcalde municipal, el cual deberá tener en cuenta criterios de experiencia, idoneidad, profesionalidad, honestidad y solvencia moral; por tanto, será este el único encargado de evaluar la probidad de quien ejercerá en el empleo.

2.7. Funciones del gerente general de EPM

57. En cuanto a las funciones designadas al gerente general, el Acuerdo 12 de 1998²¹ proferido por el Concejo de Medellín estableció:

en estos estatutos, todos los actos comprendidos en su objeto o que se relacionen directamente con su existencia o funcionamiento.

*Otros empleados podrán tener, por delegación con responsabilidad del Gerente General, la representación de las **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** en los asuntos expresamente señalados por éste en el acto administrativo que ello disponga.”*

¹⁷ **“Artículo 19. Nombramiento.** El Gerente General será nombrado y removido por el Alcalde de Medellín, de conformidad con las disposiciones legales.

Parágrafo: Durante las faltas transitorias del Gerente General lo reemplazará la persona que designe el Alcalde de Medellín.”

¹⁸ **“Artículo 58. Designación del director, gerente o presidente de las entidades descentralizadas.** El director, gerente o presidente de las entidades descentralizadas del Municipio, salvo disposición legal en contrario, es un empleado de libre nombramiento y remoción del Alcalde; funge como representante legal de la entidad; sus calidades, responsabilidades, inhabilidades, incompatibilidades y funciones son las que determinen la ley, el acto de creación y los estatutos de la entidad.

El gerente, director o presidente será el responsable de la ejecución de las políticas de la entidad que estarán articuladas con las del sector de desarrollo administrativo correspondiente y en concordancia con los lineamientos del Modelo Conglomerado Público Municipio de Medellín.”

¹⁹ *“Por el cual se adecúa la Estructura de la Administración Municipal de Medellín, las funciones de sus organismos, dependencias y entidades descentralizadas, se modifican unas entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.”*

²⁰ Adoptado por la junta directiva de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., mediante el Decreto 237 de 1 de octubre de 2007.

²¹ *“Por medio del cual se adoptan los estatutos de la empresa industrial y comercial EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.”*



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

“Artículo 20. Funciones del Gerente General. Son funciones del Gerente General:

- a) Representar jurídicamente a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. en toda clase de asuntos.
- b) Expedir y ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean de su competencia.
- c) Delegar con responsabilidad en funcionarios, con la previa autorización de la Junta Directiva, una o varias de las atribuciones que le son propias.
- d) Autorizar el sometimiento de las diferencias de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. con terceros, cuya cuantía no supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, a la decisión de árbitros o amigables componedores. Salvo cuando este mecanismo se haya pactado contractualmente.
- e) Aprobar la transacción de las diferencias de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. con terceros, cuya cuantía no supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.
- f) Constituir mandatarios que representen a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. en asuntos administrativos, judiciales y extrajudiciales.
- g) Presentar a la Junta Directiva un informe anual de actividades.
- h) Presentar para la aprobación de la Junta Directiva los estados financieros de fin de ejercicio.
- i) Fijar, de acuerdo con las políticas generales adoptadas por la Junta Directiva, las compensaciones y asignaciones salariales para los diferentes empleos.
- j) Someter a la aprobación o improbación de la Junta Directiva el nombramiento y remoción de los empleados públicos del primer nivel de la estructura.
- k) Dirigir las relaciones laborales de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.
- l) Fijar las tarifas y precios de los servicios que presten las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., que no estén asignados por norma superior a otro órgano o autoridad.
- m) Además de las que le señalen la ley y los presentes estatutos, el Gerente General ejercerá todas aquellas atribuciones que se relacionen con la organización y funcionamiento de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. que no se hallen expresamente atribuidas a otro órgano.”

58. En igual sentido, el Código de Gobierno Corporativo las reiteró e indicó que “...está a cargo de la Administración de EPM, su representación y la gestión de sus negocios, y cuenta con un equipo de vicepresidentes que lo apoya en su gestión. Para los aspectos fundamentales como nombramiento, funciones, responsabilidades, conflictos de Interés, se rige conforme lo establecido en los Estatutos de la entidad (Anexo No. 2), el



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

Convenio Marco de Relaciones (Anexo No.4), el Manual de Conflictos de Interés y tratamiento de decisiones en interés de Grupo (Anexo No.6)."

2.8. Inhabilidad e incompatibilidad -diferencias-

59. La Corte Constitucional²² definió las inhabilidades como *"...aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos."*

60. En cuanto a las incompatibilidades, dicha Corte indicó²³ que, estas consisten en *"...una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado."*

61. Al respecto el Consejo de Estado²⁴ ha realizado en diversos pronunciamientos, una diferenciación clara frente a estos dos conceptos, e indicó que *"[l]as 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 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."*

62. Así pues, el espíritu normativo fijado por el legislador en estas figuras jurídicas pretende la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, para evitar el tráfico de influencias y el conflicto de intereses, buscando la efectiva transparencia en el manejo de la gestión pública y la contratación estatal.²⁵

²² Corte Constitucional sentencia C-546 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²³ Corte Constitucional sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. C.P. Dr. Edgar González López.

²⁵ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 2017; C-348 de 2004; y del Consejo de Estado, Sección Quinta de 23/03/2013, M.P. Mauricio Torres Cuervo, rad.: 15001-23-31-000-2011-00650-01 *"Las inhabilidades tienen como como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante "para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño"*.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

63. Estas figuras jurídicas fueron descritas por la Constitución Política en sus artículos 127²⁶ y 128²⁷, los cuales establecieron ciertas limitaciones o prohibiciones que poseen los servidores públicos en el ejercicio de su cargo o para ser elegidos en estos.

64. Al respecto, el artículo 127 *ibídem* precisó frente a las inhabilidades, que ningún servidor público podrá celebrar contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos del erario, salvo las excepciones legales. En tal sentido, dicha disposición normativa, definió una limitante para realizar esos actos.

65. Por su parte, el artículo 128 *ibídem* plasmó, frente a las incompatibilidades, que ningún funcionario público podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público. Así pues, fijó una prohibición para que el funcionario reciba asignación adicional a la que ya posee, mientras esta provenga del erario.

2.9. Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades para ser gerente de EPM ESP

66. De conformidad con la Ley 489 de 1998 “*Por la cual se dictan normas 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*”²⁸, se estableció el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, para ser miembro de los consejos directivos, director,

²⁶ **“ARTÍCULO 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.” (Énfasis de la Sala)

²⁷ **“ARTÍCULO 128.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Énfasis de la Sala)

²⁸ **“ARTÍCULO 79.- Régimen disciplinario de los miembros de los consejos y de los representantes legales de los establecimientos públicos.** Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto - Ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.”



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

gerente o presidente de los establecimientos públicos, debe tenerse en cuenta no solo lo dispuesto por la Constitución Política y la ley, sino que adicionalmente tiene tomar en consideración las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto Ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

67. Posteriormente, el artículo 102²⁹ de la misma disposición normativa precisó que los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el Decreto Ley 128 de 1976.

68. Así pues, al remitirnos al Decreto Ley 128 de 1976, vemos como el artículo 3º dispuso que no podrán ser miembros de juntas o consejos, 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 previsto en el artículo 8o. de este Decreto;*
- f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad."*

69. En cuanto a las inhabilidades por razón al parentesco, el artículo 8º *ibídem* fijó que "[l]os 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", y el 9º prevé que tampoco 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 será destituido".*

²⁹ **"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."



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

70. El mismo Decreto 128 en su artículo 10 señala que “...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”. Mientas que el precepto 11 dispone que las juntas y los gerentes o directores “...no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquellas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuatro grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

71. Finalmente, el artículo 14 contiene las siguientes incompatibilidades de los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores:

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”.

72. En concordancia con las distintas disposiciones normativas anteriormente descritas, el Código de Gobierno Corporativo de EPM reiteró en el artículo 4.4 el régimen de inhabilidades aplicable para el gerente, esto es la Ley 80 de 1993, la Ley 42 de 1994, el Decreto Ley 128 de 1976 y demás normas concordantes.

2.10. Decisiones del Consejo de Estado en relación con la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976

De la Sección Quinta

73. Mediante sentencia de 24 de junio de 2004³⁰, se estudió la demanda, en ejercicio de la acción electoral, contra el acto de designación del gerente liquidador de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación, Minercol Ltda.

74. En dicha ocasión, el actor consideró violados, entre otros, los artículos 10 y 14 del Decreto Ley 128 de 1976, debido a que establecen la obligación de dejar transcurrir un plazo razonable luego de la renuncia a los cargos allí previstos, para poder actuar nuevamente en la entidad, toda vez que el entonces gerente liquidador se había desempeñado como presidente de la misma entidad, conociendo de todos los negocios relacionados con la rendición de cuentas y por considerar que no podía gestionar los mismos como liquidador.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, 24 de junio de 2004, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad.: 11001-03-28-000-2004-0017-01(3246).



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

75. La Sala concluyó que inequívocamente “...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 (...)”

76. Por consiguiente, en dicha decisión se manifestó que, independientemente de la vinculación en el cargo, al no cumplir con el plazo establecido en la norma (1 año posterior a su retiro) para vincularse nuevamente a la entidad, se encontraría inmerso en la causal de inhabilidad y consecuente anulación del acto administrativo demandado. En consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad del acto acusado.

De la Sala de Consulta y Servicio Civil

Concepto 1941 de 2009³¹

77. El director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consultó sobre la interpretación y alcance del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, con el fin de determinar si los servicios profesionales a que alude dicha norma, se refiere a aquellos que se derivan de un contrato de prestación de servicios profesionales, a los relacionados con una vinculación legal o reglamentaria, o con una vinculación contractual laboral.

78. Adicionalmente, para establecer si 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.”

79. Dicha Sala concluyó que, el legislador señaló 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 las juntas directivas hicieron dejación del cargo, indistintamente de la vinculación vigente o que se hubiere dado entre el funcionario y la entidad pública.

³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil, 26 de febrero de 2009, M.P. William Zambrano Cetina, rad.: 11001-03-06-000-2009-00013-00.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

80. Adicionalmente trajo a colación la decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el 2004, coincidiendo con los argumentos allí planteados y precisando que la norma busca brindar de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el ejercicio de las funciones públicas, reiterando que esto no depende de la naturaleza contractual, legal o reglamentaria de la vinculación que se plantee con la entidad durante el año aludido.

81. Así pues, concluyó que la restricción contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 se aplica a todos los casos independientemente del tipo de vinculación que la enmarque.

Concepto 2187 de 2014³²

82. La directora del Departamento Administrativo de la Función Pública consultó la interpretación del Decreto Ley 128 de 1976 con el fin de establecer:

¿La prohibición contenida en su artículo 10 es aplicable a quienes actuaron como miembros de las juntas o consejos de las entidades descentralizadas?

¿La prohibición de prestar servicios profesionales se refiere únicamente a la celebración de contratos de prestación de servicios o también a la vinculación legal y reglamentaria?

¿La norma impide que los directores de entidades descentralizadas se vinculen de forma legal o reglamentaria a los ministerios o departamentos administrativos que hagan parte del sector al que pertenecen?

¿Es posible, sin incurrir en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, que un ex viceministro, que por disposición reglamentaria, haya participado como delegado en una junta o consejo directivo de una entidad del sector descentralizado adscrita a un ministerio, sea nombrado presidente o gerente de la misma entidad ante la que actuó dentro del año siguiente a la dejación de su cargo como viceministro?

¿Es posible, sin incurrir en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, que un director de entidad descentralizada, dentro del año siguiente a la dejación de su cargo, sea nombrado viceministro del sector administrativo al que pertenece su entidad?

83. En dicha ocasión indicó que debido al carácter restrictivo en la interpretación de las inhabilidades, no caben apreciaciones analógicas o extensivas de la norma, así pues, el precepto analizado no dispuso específicamente que la prohibición

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 6 de agosto de 2014, M.P. Augusto Hernández Becerra, rad.: 11001-03-06-000-2013-00521-00.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

recayera sobre los delegados ante las juntas o consejos directivos, jurídicamente resulta improcedente extender a estos la mencionada prohibición.

84. Precisó que, respecto de si la prohibición cobija tanto a los contratos de prestación de servicios o mediante vinculación legal y reglamentaria, en pronunciamiento realizado el 26 de febrero de 2009 por la misma Sala, ya se resolvió tal inquietud, afirmando que en efecto resulta aplicable para las dos figuras jurídicas, en concordancia con lo ya manifestado por la Sección Quinta de la misma Corporación en decisión de 24 de junio de 2004.

85. Finalmente indicó que *“...el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 prohíbe que los gerentes o directores de las entidades descentralizadas determinadas en la parte inicial de este concepto, sean vinculados o ser nombrados, dentro del año siguiente a su retiro, en otra entidad del mismo sector administrativo, independientemente de haya sido un buen servidor público. Esta regla, que no prevé excepciones, debe ser aplicada en todo su rigor, pues para los efectos de su aplicación no admite consideraciones de oportunidad o conveniencia, es decir, no da margen para el ejercicio de la discrecionalidad. En consecuencia, el gerente o director de una entidad descentralizada no puede ser nombrado, dentro del año siguiente a la dejación de su cargo, como viceministro del ministerio al cual está adscrita o vinculada la entidad.”*

Concepto 2395 de 2019³³

86. El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó que se revisaran los conceptos 1941 de 2009 y 2187 de 2014 relacionados con la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en razón a que consideró *“...que la finalidad de la norma es evitar gestionar intereses particulares y no evitar que un ex servidor público se vuelva a vincular con una entidad pública a través de una relación legal o reglamentaria, por cuanto el mismo Estado se favorece y beneficia con sus conocimientos.”*

87. La Sala de Consulta del análisis de la legislación vigente para la época de promulgado el Decreto 128, concluyó que la inhabilidad allí contenida se manifiesta, únicamente, al celebrar un contrato que tuviera como objeto la prestación de servicios profesionales, el cual estaba tipificado como administrativo o de derecho público para lo cual si comprendiera la relación legal y reglamentaria implicaría la negación del ejercicio del empleo público.

88. Destacó que dicha norma busca asegurar los principios que gobiernan la función pública como moralidad y la transparencia, evitando un posible conflicto de intereses públicos y privados, indebidas influencias, favoritismos o ventajas

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de febrero de 2019, M.P. Germán Alberto Bula Escobar, rad.: 11001-03-06000-2018-00160-00.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

inaceptables en la administración, “...que se presentarían de aceptarse que los exservidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo, entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.³⁴”

89. Finalmente concluyó que “la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 debe interpretarse en el sentido de que (i) los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y (ii) los gerentes o directores, dentro del año siguiente a su retiro, no podrán contratar la prestación de sus servicios profesionales con las entidades descentralizadas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios en las que actúan o actuaron, ni en los organismos y entidades que integran el sector administrativo al que dichas entidades pertenezcan.”

2.11. Caso concreto

90. El actor considera que el Decreto 281 de 2021 debe ser declarado nulo, toda vez que designó a Jorge Andrés Carrillo Cardozo como gerente general de EMP, sin advertir que se encontraba incurso en la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

91. Para abordar el estudio del presente caso es importante precisar que el artículo 1º del Decreto Ley 128 de 1976 dispone:

“ARTÍCULO 1º.- 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.” (Subrayado de la Sala)

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2013.



92. A su vez una lectura integral de los artículos 79³⁵ y 102³⁶ de la Ley 489 de 1998, permite concluir que para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado e incluso las sociedades de economía mixta, debe tenerse en cuenta no solo lo dispuesto por la Constitución Política y la ley, sino también las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto Ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

93. Así las cosas, al gerente de EPM, por ser una empresa industrial y comercial del Estado y de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 69 de 10 de diciembre de 1997, le resulta aplicable la prohibición en la que el actor funda su demanda. Pues como ya se precisó el artículo 1º del Decreto 128 de 1976 al definir el campo de aplicación, determinó que este tipo de empresas serán cobijadas por sus disposiciones.

94. Según lo planteado por el accionante el nombramiento del gerente general de EPM, violó la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976:

“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.”

95. Debe la Sala, en primer lugar, definir si dicha prohibición tiene el carácter de inhabilidad o de incompatibilidad, para lo cual se acude a las definiciones a la que arribó el Consejo de Estado³⁷ respecto de las incompatibilidades e inhabilidades, según la cual “[l]as **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**

³⁵ “**ARTÍCULO 79.- Régimen disciplinario de los miembros de los consejos y de los representantes legales de los establecimientos públicos.** Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto - Ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.”

³⁶ “**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.”

³⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. C.P. Edgar González López.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

ejercicio del cargo; la inhabilidad, puede generar la nulidad de 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.” (Negrilla fuera de texto original).

96. Al respecto, la Sala debe manifestar que la anterior prohibición debe entenderse como una **incompatibilidad** siempre y cuando los miembros de junta durante el ejercicio de sus funciones decidan prestar sus servicios profesionales en la misma entidad o en cualquier otra que haga parte del mismo sector administrativo, pues allí estaría presente el elemento de gestiones o actividades simultáneas.

97. Ahora bien tendrá que dársele el trato de inhabilidad cuando este mismo miembro de junta, se haya retirado de sus funciones y decida prestar sus servicios profesionales en la misma entidad o en cualquier otra que haga parte del mismo sector administrativo, antes del vencimiento del periodo inhabilitante, establecido en el mismo precepto fijado en un año *siguiente a su retiro*, pues en este escenario, además de no existir el elemento de simultaneidad de actividades, pueden estar presentes o influir sus intereses personales derivados de su anterior vinculación, que es lo que pretende eliminar la norma, como se explicará más adelante.

98. Para el caso, que ocupa a la Sala, debe advertirse que está probado que el señor Jorge Andrés Carrillo Cardozo era integrante de la Junta Directiva de EPM y renunció el 13 de abril de 2021, en escrito dirigido al alcalde de Medellín en el cual expuso que “...*teniendo en cuenta la designación que usted generosamente me ha hecho como Gerente General de EPM, me corresponde presentar mi renuncia como miembro de junta directiva a la misma*”.

99. De igual manera se acreditó que mediante Decreto 0281 de 13 de abril de 2021, el alcalde de Medellín nombró al demandado “...*en el empleo de libre nombramiento y remoción, denominado, gerente general, ubicado en la EICE Empresas Públicas de Medellín ESP*”, cargo del cual se posesionó el 14 de abril de 2021.

100. En este orden de ideas, es claro para este juez de lo electoral que el caso debe analizarse como la presunta inhabilidad en la que pudo incurrir el demandado pues al renunciar al cargo como integrante de la junta directiva de EPM, fue nombrado gerente de la misma entidad, durante el periodo inhabilitante.

101. Establecido lo anterior, para la Sala resulta necesario enunciar los requisitos que deben estar presentes para tener por configurada la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, siendo estos: i) **sujeto activo**: miembros de las juntas o consejos y gerentes o directores; ii) **periodo** inhabilitante dentro del año siguiente a su retiro; iii) **conducta prohibida**: prestar sus servicios



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

profesionales en la entidad que actuaron y tampoco en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

102. Como ya se expuso, están demostrados los primeros dos requisitos en tanto que el demandado era integrante de la junta directiva de EPM y antes de un año fue nombrado gerente general de la misma entidad, siendo lo pertinente entrar a resolver si también se cumple el tercero de estos elementos, pues la ausencia de este no permitirá tener como configurada la inhabilidad de la cual se le acusa.

103. En este sentido, el fallo apelado indicó que, de conformidad con el Código de Gobierno Corporativo de EPM, para el nombramiento del gerente general se deben tener en cuenta criterios de experiencia, idoneidad, profesionalidad, honestidad y solvencia moral; es decir, la designación en dicho cargo solo puede recaer en una persona que acredite título profesional.

104. Por consiguiente, los gerentes o directores de las empresas públicas al servicio del Estado, les está prohibido prestar sus servicios profesionales en la entidad a la que estuvieron vinculados dentro del año siguiente a su retiro, independientemente de si su vinculación es legal o reglamentaria, o mediante una relación contractual.

105. Dicha decisión fue apelada por el demandado, el municipio de Medellín y EPM, los cuales coincidieron en indicar que dicha causal de inhabilidad no le es aplicable al señor Carrillo Cardozo, ya que solo es procedente en los casos en que el miembro de la junta directiva, gerente o director de la entidad, celebre contrato de prestación de servicios profesionales durante el año subsiguiente a la fecha de su retiro, más no, cuando es vinculado mediante una relación legal y reglamentaria. Así pues, precisaron que la interpretación dada al artículo 10 objeto de debate, es extensiva, rompiendo así con los criterios constitucionales mediante los cuales se indicó que las inhabilidades e incompatibilidades deben ser taxativas, por tanto, cualquiera de ellas debe estar expresamente señalada en la ley o la Constitución Política.

106. Nótese como la discusión se circunscribe a definir el concepto de *prestar sus servicios profesionales*, contenido como elemento prohibitivo en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, bajo el entendido de si se refiere a la exigencia de título profesional y la forma de vinculación que se debe adelantar.

107. Para resolver lo anterior, resulta relevante precisar la definición de empleo público para lo cual el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y su Decreto modificatorio 3074 del mismo año, disponen:



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. (...)”(Énfasis de la Sala)

108. En cuanto al empleo público, el Decreto 2503 de 1998³⁸ lo definió como “el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”

109. Finalmente, esta Corporación ha precisado que:

“(...) [P]ara que una persona natural se desempeñe como empleado público, debe ingresar al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, a través de una designación válida que puede ser por nombramiento o elección, según el caso, además de la posesión, para el ejercicio de las funciones propias del empleo, vinculación conocida como legal y reglamentaria.

Surge entonces que por el hecho de tener una relación laboral y por ende estar vinculado a la entidad pública no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos³⁹, así se reitera en esta oportunidad dado el marco Constitucional y legal que rige la materia.” (Énfasis de la Sala)

110. De igual forma, la Ley 909 de 2004 precisó que hacen parte de la función pública quienes presten servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública:

- “a) los empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales.”*⁴⁰

111. Al respecto esta Sala de Decisión en reciente pronunciamiento manifestó que:

“(...) la noción de empleo público solo es aplicable a quienes estén vinculados mediante relación legal y reglamentaria, como expresamente lo estableció el artículo 1o de la disposición legal⁴¹. (...) Es decir, la citada ley [909 de 2004] incluyó la

³⁸ “Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.”

³⁹ Ver entre otras las sentencias del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro y de 13 de octubre de 2011, Exp. 2238-10 con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁰ Artículo 1 de la Ley 909 de 2004.

⁴¹ Ley 909 de 2004.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

clasificación de los empleos de las entidades y organismos del Estado, pero no sostuvo que todos sean públicos porque dicha denominación quedó reservada a quienes prestan servicios remunerados a través de relación legal y reglamentaria. (...) Así, desde la óptica precisa de esta regulación no puede decirse que el trabajador oficial, como parte del concepto genérico de servidor público descrito en la Constitución, desempeñe empleo público según la preceptiva de la Ley 909 de 2004. (...) En los empleados públicos, la vinculación es hecha por relación legal y reglamentaria, que exige la designación, la posesión en el cargo, la previsión del empleo en la planta de personal y sus funciones están contempladas en las leyes y los reglamentos."⁴² (Énfasis de la Sala)

112. En tal sentido, de conformidad con el acto por medio del cual se nombró al demandado como gerente general de EPM y de las normas que rigen a la entidad, se advierte que se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, con vinculación legal y reglamentaria, que tiene la calidad de funcionario público y es designado por el alcalde de Medellín.

113. Ahora bien, en lo referente a la prestación de servicios debe manifestarse que el Decreto 150 de 1976⁴³, vigente de manera simultánea con el Decreto 128 de 1976 que contiene la prohibición que se analiza definía el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Artículo 138. *De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente Decreto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para **desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.***

Artículo 139. *De las clases de contratos de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios, entre otros los de **asesoría o de asistencia** de cualquier clase; **realización de estudios**, distintos de los de obras públicas; **representación judicial y rendición de conceptos.***

(...)

Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años". (Subraya de la Sala)

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta, 29 de agosto de 2021, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad.: 23001-23-33-000-2020-00053-01.

⁴³ "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas" y derogado por el Decreto 222 de 1983.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

114. La anterior disposición fue derogada por el Decreto 222 de 1983⁴⁴, pero respecto del contrato de prestación de servicios indicaba que:

“Contrato de prestación de servicios.

Artículo 163. De la definición del contrato de prestación de servicios. *Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.*

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”. (Subraya de la Sala).

115. Actualmente la legislación colombiana en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 señala que:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (Subraya de la Sala).

116. Salta a la vista que en todas las regulaciones este tipo de actividad contractual tiene como destinatario a personas naturales y por objeto apoyar la gestión de la entidad contratante en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de esta⁴⁵, cuando ello no pueda

⁴⁴ Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 24.715 y otros Acu.: “...Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o locatio, que tenía como modalidades de ejecución las obras (locatio operis), el transporte (locatio conductio), o los servicios personales (locatio operarum). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios...”.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

llevarse a cabo con el personal de planta o se requiera de conocimientos especializados, los cuales no implican el ejercicio de funciones públicas.

117. Frente a este tipo de vinculación contractual, esta Corporación⁴⁶ ha indicado que son *“todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, **lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.**”* (Subraya fuera de texto original).

118. Por tanto, la ejecución de actividades tendientes a la prestación de servicios profesionales, apunta a acompañar o apoyar a la entidad, con el fin de satisfacer las necesidades de la entidad contratante en lo relacionado con la gestión administrativa o el funcionamiento que ellas requieran a través de conocimiento especializado de personas catalogadas en el ordenamiento jurídico como profesionales.

119. Así las cosas, en atención al tipo de vinculación legal y reglamentaria del demandado, en razón de haber sido nombrado por el alcalde de Medellín como gerente general y de su posterior posesión⁴⁷, no puede concluirse que se trata del desempeño o prestación de servicios profesionales.

120. En efecto, recordemos que estamos frente al escenario según el cual un ex integrante de la junta directiva de la EPM, fue nombrado gerente y que en criterio del actor, se configura la inhabilidad según la cual, el demandado no podrá prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó.

121. Sin embargo, como ya se precisó dicha prohibición no aplica en este caso pues, quedó en evidencia que el cargo de gerente de EPM no conlleva la prestación de servicios que son contratados bajo los términos del contrato al que refiere el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, sino el ejercicio de las funciones legalmente asignadas y antes enlistadas en esta misma providencia.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 2 de diciembre de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad.: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719)

⁴⁷ Requisitos definidos por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia de 27 de septiembre de 2018. Rad.: 2010-90152.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

122. En este orden de ideas, comparte este colegiado las conclusiones a las que arribó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto que data del 5 de febrero de 2019, según el cual:

“La prohibición contenida en la norma citada es una tacha normativa que busca asegurar varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública como la moralidad y la transparencia (C.P. art. 209), y precave un posible conflicto entre los intereses públicos y privados.

También responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir indebidas influencias, favoritismos o ventajas inaceptables en la Administración, que se presentarían de aceptarse que los exservidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo, entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.⁴⁸

Empero, como se ha anotado en acápites anteriores, existen diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y reglamentaria.

Del texto transcrito [artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976] se desprende que la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva.

Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna”.

123. Así pues, y en consideración a las precisiones anteriormente realizadas, esta Sala de Decisión concluye que la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 no es aplicable al demandado gerente de EPM, pues el contenido del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en cuanto al elemento de *prestar sus servicios profesionales en la entidad*, no alude a la vinculación legal y reglamentaria mediante la cual accedió a dicho cargo y con ello al servicio público, si no a la celebración de un contrato con diferente objeto como ya quedó debidamente expuesto.

124. Inferir lo contrario, en criterio de esta Sala, no resultaría procedente porque se daría un alcance o interpretación extensiva a la prohibición en estudio, lo cual desconocería que nuestro ordenamiento jurídico dispone que la aplicación e interpretación de las inhabilidades debe estar fundamentada en su taxatividad. Además, resultaría atentatorio del derecho fundamental de acceso al cargo público porque se impondrían unas prohibiciones o limitantes al ejercicio del cargo como gerente, que no fueron impuestas por el legislador.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2013.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

125. No desconoce la Sala que respecto de la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en pronunciamiento de 24 de junio de 2004⁴⁹ se concluyó que 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 (...)”*.

126. Por consiguiente, en dicha decisión se concluyó que, independientemente de la vinculación con la cual se accediera al cargo, al no cumplir con el plazo establecido en la norma (1 año posterior a su retiro) para vincularse nuevamente a la entidad, se encontraría inmerso en la causal de inhabilidad y, en consecuencia, era lo procedente la anulación del acto administrativo demandado.

127. No obstante lo anterior, esta Sala de lo Electoral, en los términos antes explicados, debe concluir que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, solamente aplica para aquellos miembros de juntas o consejos y a los gerentes o directores que durante el año siguiente a su retiro decidan prestar sus servicios profesionales mediante la celebración del respectivo contrato y que no podrá configurarse cuando la vinculación derive de una relación legal y reglamentaria.

128. Conclusión a la que se arriba por las razones antes expuestas y compartiendo la argumentación que al respecto realizó la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto de 5 de febrero de 2019⁵⁰.

129. Ahora bien en el fallo recurrido el tribunal afirmó que el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, refiere a la vinculación legal y reglamentaria y que prueba de ello es que ese mismo decreto en su artículo 14, a título de incompatibilidad incluyó la de *“a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno”*.

130. En este sentido, acudiendo al análisis antes realizado que incluyó la normativa que definía la prestación de servicios, lo que debe entenderse por contrato de prestación de servicios, la forma de ingresar al servicio público y la obligatoriedad de la interpretación restrictiva de las inhabilidades debe concluirse que en el precepto 10 del Decreto 128 de 1976 no se incluyó en la prohibición el desempeño de funciones públicas.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, 24 de junio de 2004, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad.: 11001-03-28-000-2004-0017-01(3246)

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de febrero de 2019, M.P. Germán Alberto Bula Escobar, rad.: 11001-03-06000-2018-00160-00(2395).



131. Por el contrario dicho precepto, únicamente, se refiere a la prestación de servicios profesionales; por tanto, no puede hacerse el ejercicio interpretativo que propuso el *a quo*, el cual deriva en una interpretación extensiva improcedente.

132. Así las cosas, de la debida interpretación del contenido del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, queda claro que su prohibición no aplica en aquellos casos en los cuales un miembro de la junta directiva sea nombrado gerente (mediante vínculo legal y reglamentario) en la misma entidad, como ocurrió en el presente asunto.

133. Sumado a lo anterior, para este juez electoral no puede desconocerse que quien ocupó un lugar en la junta directiva cuenta con el conocimiento y la experiencia del funcionamiento de entidad necesaria y relevante para que, cuando así lo disponga el nominador, pueda ser nombrado como gerente de la misma, lo cual contrario a configurar alguna conducta prohibitiva debería ser vista como una circunstancia que respalda y valida el cumplimiento de las exigencias que dicho cargo impone en virtud de las funciones que debe desempeñar.

134. Finalmente, se debe precisar que, aunque esta Sala de Decisión en la sentencia de 24 de junio de 2004 concluyó que la expresión “*servicios profesionales*” a la que alude la norma presuntamente violada, no solo corresponde a los servicios derivados de un contrato de prestación de servicios, sino también a la vinculación legal y reglamentaria, en dicha ocasión no se tuvieron en cuenta los argumentos hoy objeto de análisis por parte de esta colegiatura. Razón por la cual, y de conformidad con el estudio desarrollado en la presente decisión, se cambiará la postura allí fijada, así pues, en concordancia con la aplicación taxativa e interpretación restrictiva de las inhabilidades, el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 solo es aplicable cuando se presten servicios profesionales mediante la celebración del respectivo contrato y que no podrá configurarse cuando la vinculación derive de una relación legal y reglamentaria.

2.11. Conclusión

135. En este caso no se configura la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 porque si bien se cumplen los requisitos de: i) **sujeto activo** porque el demandado era miembro de junta directiva de EPM y ii) de **periodo inhabilitante** porque fue nombrado gerente de la misma entidad *dentro del año siguiente a su retiro*; no se configura la **conducta prohibida** pues de conformidad con lo expuesto su vinculación es legal y reglamentaria y no guarda identidad con la *prestación de servicios profesionales en la entidad que actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece*, como lo exige la norma analizada.



Demandante: Hernán Darío Cadavid Márquez
Demandado: Jorge Andrés Carrillo Cardozo, gerente EPM
Rad: 05001-23-33-000-2021-00936-01

136. Así pues, al no configurarse la causal de inhabilidad alegada, es lo procedente revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, que accedió a las súplicas de la demanda para, en su lugar, negarlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, que declaró la nulidad del acto de elección demandado para, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos expuestos en la presente decisión.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”