



Función Pública

Concepto 88321 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000088321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000088321

Fecha: 03/03/2020 10:07:23 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex Empleado Público - Contratista Inhabilidad de Ex Secretario de Despacho para ser contratista del mismo ente territorial en que se desempeñó como empleado público. RAD.: 20202060027312 de fecha 21 de enero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ente territorial se suscriba un contrato de prestación de servicios con un ex secretario de despacho que laboró en la misma entidad para prestar servicios profesionales con objeto y actividades distintas a las ejercidas anteriormente y en una dependencia distinta, me permito manifestarle lo siguiente:

El artículo 4 de la ley 1474 de 2011 prescribe la inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 4. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.”

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público”.

Con el propósito de resolver de manera satisfactoria el caso particular que se plantea en la consulta, resulta pertinente desagregar los elementos de la disposición transcrita, a fin de determinar si a el ex secretario al cual se refiere la consulta le resultan aplicables los supuestos de hecho que determinan la inhabilidad de la disposición anterior.

Frente al primer supuesto de hecho relevante, este es, haber ejercido un cargo en el nivel directivo en entidades del estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, se tiene que un secretario de despacho de un ente territorial sí ejerce un cargo que pertenece al nivel directivo. Al respecto, el Decreto 785 de 2005 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”, en su artículo 16 dispone que el cargo de Secretario de Despacho pertenece a dicho nivel. De esta manera, se cumple el primer supuesto de hecho de la norma que dispone la inhabilidad objeto de estudio.

En sentencia C-257 de 2013, la Corte Constitucional se refirió a la anterior prohibición de la siguiente manera:

“Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos (...) puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos”

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

Por otra parte, el mismo artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 dispone que la inhabilidad aplicará en cuanto el objeto que se pretenda desarrollar mediante la nueva vinculación contractual tenga relación con el sector en que el ex servidor prestó sus servicios. Al respecto, es preciso recordar que para los empleados públicos del nivel directivo las funciones son de dirección general, formulación de políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Decreto 770 de 2005.

En este sentido, la inhabilidad reflejada en el artículo 4 de la Ley 1474 sólo opera para aquellos ex servidores públicos que, de acuerdo al manual de funciones y competencias de la entidad en la que ejercían sus funciones, ejecutaban labores como directivos de la entidad, formulando políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos.

Igualmente, el artículo 3 de la citada Ley 1474 dispone:

“Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así: Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.”

De otra parte, frente a la inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el Estado, le manifiesto que la Ley 80 de 1993¹, establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

"(...)"

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos 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. (...)"

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011², a partir del 12 de julio del 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 4°. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público." (Subraya fuera del texto)

Conforme a lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado o sus parientes y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

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

a). Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro;

b). Hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Teniendo en cuenta que las inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicen respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, el servidor del nivel directivo, no podrá contratar con la respectiva entidad, directa o indirectamente, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Para el caso en concreto, en la consulta no se especifica cuáles serán las nuevas funciones que desarrollará el ex secretario del despacho que pretende suscribir un contrato de prestación de servicios, de manera que no es posible para esta entidad hacer una valoración sobre las diferencias que existen entre las funciones que desarrollo como secretario de despacho y las obligaciones contractuales que desarrollará ahora, de manera que no se pueda afirmar con certeza si incurre o no en la inhabilidad ampliamente referida.

Finalmente, en caso de presentarse conflictos de intereses, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002³ y a lo señalado en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

Debe recordarse que, de acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado en su jurisprudencia, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. En tal circunstancia, el constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Así las cosas, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último, so pena de ser recusado.

Por lo tanto, tal circunstancia debe ser analizada por el interesado y por la entidad pública, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta, evento en el cual se deberá manifestar tal situación.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luis Fernando Nuñez

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
2. 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.
3. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:51:32