



Función Pública

Concepto 382671 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000382671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000382671

Fecha: 06/08/2020 05:11:25 p.m.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Ex servidor público extesorero como contratista - RAD. 20202060360192 del 1 de agosto de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual indica que la Alcaldía Municipal de Buenavista desea contratar por prestación de servicio en el área de planeación a un profesional quien en días anteriores se desempeñaba como Tesorero del Nivel Profesional, y en tal sentido consulta si esta persona estaría inhabilitada para contratar en prestación de servicios, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, se debe indicar que la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", dispuso:

"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> *Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

a) <Ver Notas del Editor> *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.*

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 "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” señala frente a las inhabilidades para que ex empleados públicos contraten con el estado lo siguiente:

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

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> *Tampoco podrán* participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) <Ver Notas del Editor> 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.

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.”

La Corte Constitucional mediante la Sentencia señalada anteriormente señaló frente al artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 lo siguiente:

“En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes 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. 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 -o sus familiares cercanos - 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.

(...)

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

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 los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos puedan tener 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, es decir que, las personas cobijadas por la inhabilidad tienen la capacidad de incidir de manera directa con sus decisiones como servidores públicos en el entorno del sector económico en el cual luego aspiran a desarrollar el objeto de futuros contratos en la entidad en la cual fungieron como directivos.

En ese sentido, es razonable establecer una inhabilidad para que aquel ex servidor público que tuvo la condición de directivo o representante legal de una entidad celebre un contrato con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

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, aplica 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 directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o

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.

De tal manera que la inhabilidad prevista en los literales a y f del numeral del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para contratar se aplican únicamente respecto de la entidad, organismo o corporación en la cual el ex servidor prestó sus servicios ocupando cargos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo.

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica del empleo de tesorero, el Decreto Ley 785 de 2005², sobre el cargo de tesorero, establece:

“ARTÍCULO 16. Nivel Directivo. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

<i>Cód.</i>	<i>Denominación</i>
005	Alcalde
(...)	(...)
091	Tesorero Distrital
(...)	(...)

“ARTÍCULO 18. Nivel Profesional. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

<i>Cód.</i>	<i>Denominación del empleo</i>
215	Almacenista General
(...)	(...)
201	Tesorero General

De conformidad con la normativa citada, existen 2 clasificaciones del cargo de tesorero, así: “Tesorero Distrital código 901” perteneciente al nivel directivo y “Tesorero General Código 201” perteneciente al nivel profesional.

En tal sentido, corresponderá a la administración verificar el nivel al cual pertenecía el cargo del ex empleado y determinar con ello si está o no inhabilitado para celebrar el respectivo contrato.

Así las cosas, si el ex empleado público que ejerció el cargo de tesorero de una alcaldía municipal, es del nivel profesional, no se encontraría inhabilitado para suscribir un contrato con la respectiva entidad, por cuanto, como se mencionó anteriormente, la inhabilidad se aplica frente a las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. 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