



Función Pública

Concepto 012391 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000012391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000012391

Fecha: 14/01/2021 05:08:41 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Ex servidor público para contratar con el Estado. Radicado: 20209000620452 del 29 de diciembre de 2020.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre el alcance de la prohibición para que un ex servidor del nivel directivo que se desempeñó en una personería municipal pueda celebrar contratos con entidades del estado del orden municipal después de la dejación del cargo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la Ley 1474 de 2011, me permito indicarle lo siguiente:

Con respecto a las inhabilidades para contratar, el artículo 8° de la Ley 80 de 1993¹, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:”

2o. 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.” (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se encuentra como incompatibilidad para celebrar contratos estatales en las entidades territoriales, quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores de la entidad contratante, desempeñando funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de su retiro.

Por su parte, la ley 1474 de 2011², dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. 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.” (Subrayado fuera del texto)

Asimismo, el mismo estatuto en el artículo subsiguiente, dispuso:

“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.”

Mediante sentencia proferida por la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos sobre la prohibición dispuesta en el artículo 3° y la inhabilidad dispuesta en el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011, a saber:

“-La Corte concluyó que era “EXEQUIBLE el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, 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 organismo al que se haya estado vinculado”.

Es decir, la Corte precisó la existencia de tres (3) prohibiciones. La primera, aquella contenida en la norma que fue acusada transcrita anteriormente. La segunda, indefinida en el tiempo en relación con los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones. Y la tercera, de un (1) año 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 organismo al que se haya estado vinculado.

En términos generales, la Corte concluyó que la validez constitucional de estas dos prohibiciones tenía origen en la necesidad de que el legislador asegure que no se presenten lesiones a los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia en la función administrativa y de esta manera, “garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.”

4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2011, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para(i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos – a sus parientes próximos -hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro. (...)

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 utilizarlos 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. (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, se colige entonces que, el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, dispone la prohibición para ex servidores que cumplieron una función pública; la primera cuenta con un carácter temporal por el término de un (1) año con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, siendo para el caso en concreto, para la personería municipal, y la segunda, será indefinida en el tiempo, respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en el ejercicio de sus funciones en la personería de la respectiva entidad territorial; las anteriores prohibiciones se encuentran sustentadas en los principios de moralidad, convivencia pacífica, igualdad y transparencia en la función administrativa y en garantía del interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes han ejercido la función pública.

En cuanto a la inhabilidad dispuesta en el artículo 4º de la ley en cuestión, la Corte concluye que estas inhabilidades para contratar con el Estado para los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas, se encuentran constitucionalmente admisibles, toda vez que se adoptan al marco de la política pública cuyo fin es erradicar y prevenir posibles actos de corrupción, proscribir ventajas y privilegios que se encuentran en un 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, en ese entendido, una vez el servidor se haya retirado del cargo público del nivel directivo de la personería municipal, y durante los dos (2) años siguientes a este retiro, se encuentra inhabilitado para contratar con el estado cuando el objeto del mismo se encuentre relacionado con el sector al cual prestaron sus servicios.

Para más 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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

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."

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:14