



Función Pública

Concepto 065921 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000065921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000065921

Fecha: 08/02/2022 09:10:41 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Resulta viable que el ex jefe de control interno de una entidad cuyo periodo culminó el 31 de diciembre de 2021, sea contratado por prestación de servicios en la misma entidad en el año 2022? RADICADO: 20229000005062 del 04 enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el jefe de control interno puede luego de su desvinculación, contratar con la misma entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

Previo a efectuar el análisis, debe aclararse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Hecha esta precisión, sobre el tema consultado, tenemos que la Ley 80 de 1993², determina en su Artículo 8:

"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: <La expresión "Concursos"

fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

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.

f) <Literal adicionado por el Artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(...)." (Se subraya).

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.

En el caso adicionado con el literal f), la inhabilidad pesa sobre quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo, caso en el cual, la limitante se extiende por dos años.

Ahora bien, según el Decreto 785 de 2005³, el empleo de jefe de control interno pertenece al Nivel Directivo y, en tal virtud, las prohibiciones descritas aplican en su caso.

Así las cosas, 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 2011⁴, 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.

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 estas 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.

Ahora bien, la norma indica que el ex servidor no podrá suscribir contrato "directa o indirectamente". De esta limitación podemos distinguir varias opciones, a saber:

El ex empleado del nivel directivo, asesor o ejecutivo, no podrá suscribir un contrato en su nombre con la entidad en la cual prestó sus servicios,

Si el ex empleado del nivel directivo, asesor o ejecutivo actúa como representante legal de alguna entidad privada, no podrá suscribir contrato en nombre de la empresa privada con la entidad en la cual prestó sus servicios. Tampoco podrá, en este evento, delegar la función de contratar pues, estaría actuando representado por el delegatario.

Tampoco podrá suscribir contrato con la entidad donde prestó sus servicios mediante poder conferido para suscribir un contrato con la administración municipal pues, como en el caso de la delegación, estaría actuando representado por su mandatario o apoderado.

La acepción "indirectamente" debe ser analizada a la luz la jurisprudencia nacional. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero, en su sentencia emitida el 2 de noviembre de 2001 dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-31-000-2000-1503-01(2697), manifestó lo siguiente:

"Esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura no solo a través del testaferrato sino mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. Así, para verificar si se actuó por interpuesta persona es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona.

(...)

En tales condiciones, con fundamento en los documentos que obran en el expediente que no han sido desvirtuados por los medios de prueba examinados en esta providencia, la Sala concluye que al no haberse demostrado que el señor José Antonio Bermúdez Cabrales hubiera celebrado contrato alguno con el municipio de Aguachica dentro del término inhabilitante, o que lo hubiera hecho por interpuesta persona, el demandado no incurrió en la causal de inhabilidad que le fue imputada y el cargo, en consecuencia, no prospera." (Se subraya).

Posteriormente, la misma Corporación, en sentencia emitida el 19 de enero de 2006, con ponencia del Consejero Darío Quiñones Pinilla dentro del expediente con Radicación número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875), indicó lo siguiente:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Pero ocurre que en tal evento, para verificar si se actuó por interpuesta persona, es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona, lo cual no aparece demostrado en este caso."

De acuerdo con los pronunciamientos citados, la contratación indirecta no obedece a una figura específica, sino que implica que la contratación se realiza (por otra persona natural o jurídica) para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona, vale decir, que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta. Por lo tanto, en estos eventos, es preciso demostrar que la persona o la sociedad, se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica, concluye que un ex Jefe de Control Interno, cargo del Nivel Directivo, no podrá suscribir contrato con la entidad en la cual prestaba sus servicios en temas relacionados con las funciones de su cargo, por el término de dos años, contados a partir de la fecha de su desvinculación. Deberá entonces el consultante, verificar si el contrato a suscribir cumple con la condición expuesta y, de ser así, se configuraría la inhabilidad prevista en el literal f) del numeral 2° del Artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".
2. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
3. "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".
4. "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: 2024-12-12 08:25:23