



Concepto 081961 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000081961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000081961

Fecha: 18/02/2022 01:46:31 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Jefe de control interno. Radicado: 20229000022902 del 13 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Hay inhabilidad para el jefe de control interno que finaliza su periodo para celebrar contrato u ocupar otro cargo en la misma entidad?

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», determina en su Artículo 8:

ARTÍCULO 8°- 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.

f) 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 la normativa expuesta, no pueden 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 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 2 años.

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

Según el Decreto Ley 785 de 2005¹, el jefe de control interno pertenece al nivel directivo y, en tal virtud, las prohibiciones descritas aplican en su caso.

Ahora bien, en cuanto a la suscripción del contrato *directa o indirectamente* por parte del ex servidor público, se deben tener en cuenta las siguientes 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 puede 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), manifiesta 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), sostuvo:

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.

I. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que el ex jefe de la oficina de control interno, cargo del nivel directivo, no puede suscribir contrato con la entidad en la cual prestó sus servicios hasta por 2 años contados a partir de la terminación del periodo.

II. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹«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».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:07:40