



Concepto 155251 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000155251

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000155251

Fecha: 21/04/2023 09:05:59 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a ex empleados del nivel directivo. RAD. 20232060214312 del 12 de abril de 2023.

En la comunicación de la referencia, informa que Una persona fue nombrada como Gerente de una ESE Hospital en el año 2020, el mismo día, el Hospital es intervenido por la Superintendencia de salud. El Gerente anterior es Anestesiólogo y debido a esto no ha podido seguir contratando con el Hospital. Con base en la información precedente, consulta si es legal que se contrate a esta persona, si el Hospital aún sigue intervenido por la Superintendencia.

Sobre la inquietud planeada, me permito manifestarle lo siguiente:

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:

(...)

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."(Negrilla fuera del texto)."

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quien haya 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, prohibición que tendrá vigencia hasta 2 años siguientes al retiro del servidor, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestó sus servicios.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 1474 de 2001, 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 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. (...)

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 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.

De acuerdo con lo indicado en su consulta, el ex empleado que se pretende contratar desempeñó un empleo del nivel directivo (Gerente). En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, estará inhabilitado para contratar con la misma entidad dentro de los dos años siguientes a su retiro. Debe aclararse que esta limitación opera para contratos administrativos y no para vinculaciones laborales de servidores públicos.

Ahora bien, el Decreto 3023 de 2002, “por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001”, sobre la intervención de entidades del sector salud, determina:

“ARTÍCULO 1. La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

ARTÍCULO 2. Cuando se trate de la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o del régimen contributivo, la Superintendencia Nacional de Salud designará como liquidador para adelantar dicho proceso al Representante Legal de la entidad autorizada para operar el ramo o programa correspondiente y como Contralor el Revisor Fiscal de la misma.

No obstante, cuando la intervención para liquidar a la que se hace referencia en el artículo 1 del presente decreto se origine en conductas imputables al Representante Legal o al Revisor Fiscal o cuando estos incurran en violaciones a las disposiciones legales o incumplan las órdenes o instrucciones impartidas por el ente de control, la Superintendencia Nacional de Salud deberá solicitar su remoción para que el órgano nominador correspondiente proceda a designar su reemplazo en forma inmediata. Cuando no se atienda esta orden, la Superintendencia Nacional de Salud procederá a designar en forma temporal al Liquidador y al Contralor.”

Como se aprecia, la legislación prevé el procedimiento a seguir por parte de la Superintendencia de Salud para el caso de intervenciones de entidades del sector salud. En éste, la entidad de vigilancia debe observar, no sólo las normas relativas a la intervención, sino también las relacionadas con inhabilidades o incompatibilidades.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección concluye lo siguiente que un ex Gerente de una ESE Hospital no puede ser vinculado mediante un contrato de prestación de servicios por el término de 2 años contados a partir de su retiro, por cuanto se configuraría la prohibición prevista en el literal f) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993. En cuanto a las designaciones que haga la Superintendencia en el marco de la intervención forzada, se seguirá lo establecido en las normas para efectuarla, respetando los preceptos relativos a las inhabilidades e incompatibilidades de quienes designa.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:07:22