



Función Pública

Concepto 134671 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000134671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000134671

Fecha: 30/04/2019 04:02:43 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex empleado público. Inhabilidad para ser nombrado o contratado por una entidad pública siendo ex funcionario del nivel directivo de una contraloría municipal. RAD. 20199000114052 del 28 de marzo de 2019.

En la comunicación de la referencia, informa que es Jefe de Oficina Jurídica y de Procesos de una Contraloría Territorial, cargo de libre nombramiento y remoción de nivel directivo, y tiene a su cargo entre otras funciones:

- Liderar las actividades y acciones en el trámite de los procesos sancionatorios y de responsabilidad fiscal. De igual manera impulsar el ejercicio de jurisdicción coactiva que reciba del Contralor Municipal.

- Tramitar en la primera instancia los procesos de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva que adelante la Contraloría Municipal.

- Proferir los fallos de primera instancia de cada uno de los procesos a su cargo y ordenar su notificación con sujeción a la Ley.

- Adelantar toda la actividad contractual a efectos de alcanzar el correcto funcionamiento de la Entidad. La delegación otorgada comprende la función de ejecutar todas las fases propias de la actividad contractual, esto es, en las fases precontractual, contractual y pos contractual, sin que implique ordenación del gasto.

Con base en lo expuesto, consulta:

1. Teniendo en cuenta la naturaleza de mi cargo, quisiera saber si una vez sea desvinculada de la Contraloría Municipal, puedo ser nombrada en otra entidad en el mismo municipio en un cargo de libre nombramiento y remoción.

2. Si puede suscribir contratos de prestación de servicios en otra entidad en el mismo municipio una vez sea desvinculada de la Contraloría

Municipal.

3. Qué otras inhabilidades se presentarían por haber sido funcionaria de una Contraloría Municipal en un cargo de nivel directivo.

Sobre las consultas expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

4. Nombramiento de ex empleada en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Está Dirección Jurídica ha sostenido que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades al ser restricciones para ejercer la función pública, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el ordenamiento jurídico; en ese sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, donde preceptuó:

“Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.”

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley de la República.

Revisada la normatividad que reglamenta las inhabilidades de los servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica no se evidencia alguna inhabilidad para que un empleado del nivel directivo de una contraloría municipal pueda ser nombrado en otra institución, en un cargo de libre nombramiento y remoción. No obstante, deberá considerar las normas sobre conflicto de interés, tema que será abordado más adelante.

5. Sobre la contratación de un ex empleado.

La Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, determina en su artículo 8° las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, adicionó un literal f) al numeral 2 del citado artículo 8, en el siguiente sentido:

“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.” (Subraya fuera del texto)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso1º 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 4º 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.

Ahora bien, el Decreto 785 de 2005 "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", señala en su artículo 16:

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

(...)

006 Jefe de Oficina

" (...)"

De acuerdo con lo expuesto, quien se hubiese desempeñado como Jefe de Oficina, perteneciendo este empleo al nivel directivo, está cobijado por la prohibición contenida en el artículo 4° de la Ley 1474 de 2011, vale decir, quien ejerció este cargo, tendrá prohibido contratar con la entidad dentro de los dos años siguientes a su retiro, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestó sus servicios.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, el ex Jefe de Oficina, no podrá contratar con la entidad en la cual prestó sus servicios, pero no impide que contrate con otras entidades del Estado.

6. Conflicto de interés.

En el evento que sea nombrada nuevamente como empleada pública o suscriba un contrato con otra entidad pública, deberá tener en consideración lo reglamentado como conflicto de interés, contenido en la Ley 1437 de 2011, que señala:

"ARTÍCULO 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

(...)

7. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)"

De acuerdo con el texto legal citado, todo servidor público que considere que un asunto sometido a su cargo en el ejercicio de sus funciones pueda generar un conflicto de intereses por haber conocido o participado en él previamente, está en la obligación de declararse impedido para participar en las actividades oficiales relacionadas con aquel. De no hacerlo, las personas o partes interesadas en el asunto, pueden recusarlo por este hecho.

Ahora bien, la declaración de impedimento por incurrir en alguna de las causales previstas por la Ley es de obligatorio cumplimiento y su desconocimiento puede generar sanciones de diverso tipo, entre ellas, la disciplinaria. En este sentido, la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", señala:

Igualmente, la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", en los artículos 40 y 48 establece:

"ARTÍCULO 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)”

En cuanto a los contratos mediante los cuales los particulares ejercen funciones públicas, el mismo ordenamiento indica lo siguiente:

ARTÍCULO 54. Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

- 1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.*
- 2. Las contempladas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.*
- 3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.*

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir. (Texto subrayado fuera del texto)

De conformidad con el texto legal anteriormente citado, en criterio de esta Dirección Jurídica, los servidores públicos y los contratistas que ejercen funciones públicas, no sólo están en la obligación de manifestar la existencia de un posible conflicto de interés que se configure en el ejercicio de sus funciones, sino que su omisión genera una falta gravísima, que por su calidad puede generar las más altas sanciones disciplinarias.

Recapitulando, y de acuerdo con las preguntas elevadas, se concluye:

- 1. No existe inhabilidad para que un ex empleado del nivel directivo de una contraloría municipal pueda ser nombrado en otro empleo de otra entidad pública.*
- 2. El ex empleado del nivel directivo de cualquier entidad pública, no podrá ser contratado dentro de los dos años siguientes a su retiro en la entidad en la cual prestó sus servicios. No obstante, podrá contratar con otras entidades públicas.*
- 3. En caso de ser nombrado o contratado en una entidad pública, deberá tener en consideración el régimen de conflicto de interés que pesa sobre servidores públicos y contratistas.*

de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

121602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:25:42