

27 de junio de 2020

No. 24126

DORA PATRICIA OSPINA PARRA
Secretario de Hacienda

Asunto: Respondiendo a: Asunto: Solicitud de concepto. Radicado No.20006 del 10 de Junio del 2020

Cordial saludo,

En atención a su solicitud interna de fecha 10 de junio en el cual solicita concepto jurídico sobre la posibilidad de que la Secretaría de Hacienda celebre contrato de prestación de servicios profesionales con quien hasta el pasado mes de enero de 2020 se desempeñó como tesorera del municipio de Pereira; me permito emitirle el concepto en los siguientes términos, indicando que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 1 de la ley 1755 de 2015, el mismo no tiene el carácter de obligatorio; así:

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Los Servidores Públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

QUE SE ENTIENDE POR INHABILIDADES

Las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, imposibilitan el ejercicio de las funciones.

Las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, generalmente

obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".

La Corte Suprema de Justicia la definió como *"aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)*

Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Frente a la inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el Estado, le manifiesto que la Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

ARTÍCULO 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

()

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones 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. () .

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.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, 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.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º 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.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia;

(ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

*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 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. .

De acuerdo con lo anterior, 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, están inhabilitadas **para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva**, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, 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, para evitar obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, se considera que las inhabilitaciones 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 2011, 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; o
- 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 inhabilitaciones 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, para determinar el nivel jerárquico de la tesorera se hace necesario entrar a revisar el Decreto nacional 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** , el cual en su **CAPÍTULO CUARTO Nomenclatura, clasificación y código de empleos** , artículo 18 indica: Nivel Profesional. El **Nivel Profesional** está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación del empleo
------	-------------------------

201	Tesorero General
-----	-------------------------

Por su parte el decreto municipal 787 del 23 de octubre de 2018 POR EL CUAL SE EXPIDE EL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES DE LA PLANTA DE EMPLEO DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE PEREIRA , en el numeral 13.6 consagra como Identificación del empleo:

Nivel: Profesional

Denominación del Empleo: Tesorero General

Código: 201

Grado: 10

Número de cargos: 1

Clasificación del Empleo: Libre nombramiento y Remoción.

Ubicación del empleo: Secretaría de Hacienda

Conforme se establece en el mencionado Decreto Nacional 785 de 2005 y el Decreto municipal 787 de 2018, el empleo denominado Tesorero General pertenece al nivel profesional.

Así las cosas, en criterio de esta Secretaría jurídica y para dar respuesta a su caso en concreto quien fungió como ex servidora pública en un empleo del nivel profesional(Tesorera General) no estará inhabilitada para suscribir contrato de prestación de servicios profesionales con el municipio de Pereira; toda vez que como ya se advirtió en este concepto, la inhabilidad por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro es para el ex servidor público que hubiere desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo; o para el ex servidor público que 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, 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; caso que no le es aplicable a la tesorera general del municipio de Pereira.



ALCALDÍA DE PEREIRA

1630 Dirección de Gestión Contractual --

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 que indica: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

LUZ ADRIANA RESTREPO RAMIREZ
Secretaria Juridica

DIEGO LUIS ARBELAEZ URREA
Director Operativo de Asuntos Contractuales

Proyectó y Elaboró: Diego Luis Arbelaez Urrea