

Mocoa, 16 enero 2012

RICARDO

TERMINO VENCIDO, 06 febrero 2012

Doctora
Luz Adriana Vivas García
Directora oficina jurídica
Auditoria general de la Republica
Bogota

B. C. Jardin Cll 17 No 2A-34 Contraloria Deptal Putumayo
Mocoa.

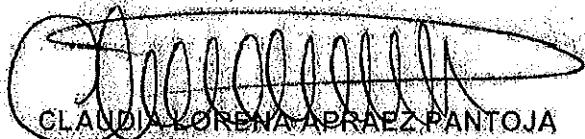
REF: Solicitud concepto

Cordial saludo.

Por medio de la presente me permito solicitar concepto sobre lo siguiente:

Me desempeño en el cargo de tesorera general de la contraloria departamental del Putumayo, también tengo dentro de mis funciones el apoyo a auditorias; en la vigencia 2011 participé en algunas auditorias realizadas a los vigilados a la vigencia 2010, en el momento que me desvincule del ente de control tengo algún tipo de inhabilidad para ejercer algún cargo o contratar o asesorar a los municipios o departamento del Putumayo? , lo anterior teniendo en cuenta lo que menciona la ley 1474 del 2011 en su artículo 3 y 4 , por tanto solicito de su valiosa colaboración para que por favor me den su concepto al respecto.

Atentamente,



CLAUDIA LORENA ADRAEZ PANTOJA

C.C. 69.008.569

TEL: 3123661931

Correo: clalorenap@hotmail.com



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20121100006291

Fecha: 07-02-2012

Bogotá,
110 - 007 - 2012.

Señora
CLAUDIA LORENA APRAEZ PANTOJA
Calle 17 No. 7A-34 Barrio Ciudad Jardín
Contraloría General de Putumayo
Mocoa

Cordial saludo:

Asunto: Inhabilidades para desempeñar cargos públicos y contratar con el Estado.

Respetada señora Apraez

De acuerdo a la consulta elevada por usted, se procede por parte de esta dependencia a dar respuesta a la misma, manifestando de antemano que debido a que los cuestionamientos planteados hacen referencia al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ejercer un cargo público o contratar o asesorar a los municipios del departamento del Putumayo, el tema se abordara de manera general

2. Consideración Preliminar

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, pues ello corresponde a las autoridades competentes mediante los procedimientos de rigor y en tal virtud, tanto las preguntas como las respuestas deben darse en forma genérica de tal manera que puedan predicarse de cualquier asunto en circunstancias similares, ya



que en la medida en la que los funcionarios resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

Por tanto, en el presente caso esta oficina se limitará solamente a suministrar elementos de juicio generales que sirvan para ilustrar el tema que ocupa la consulta, sin que ello se entienda como resolución al caso particular.

LA PREGUNTA FORMULADA

1. En el momento que me desvincule del ente de control tengo algún tipo de inhabilidad para ejercer algún cargo o contratar o asesorar a los municipios o departamento del Putumayo?

Se procederá a dar un concepto general sobre el tema de las inhabilidades, para los ex servidores públicos.

3. Consideraciones de la Oficina Jurídica

3.1. QUÉ SE ENTIENDE POR INHABILIDAD

Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio.

La jurisprudencia ha señalado que

“Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”¹

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación:

¹ Sentencias C-380-97, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M. P. Jaime Araújo Rentería

- Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.
- Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados².

Cabe resaltar que dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que:

“El Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos³”.

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Resulta preciso indicar de manera previa los conceptos sobre grados de parentesco que establece el Código Civil Colombiano en sus artículos 35 y siguientes, así:

3.2. INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece:

“Artículo 8o. *De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:*

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

² Sentencia C-348/04, (20 de abril). M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

³ Sentencia C-348/04, (20 de abril). M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

- b) *Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.*
- c) *Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.*
- d) *Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.*
- e) *Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.*
- f) *Los servidores públicos.*
- g) *Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.*
- h) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.*
- i) *Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.*

Por su parte la Ley 1150 DE 2007 (julio 16), por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos establece lo siguiente:

Artículo 18. *De las inhabilidades para contratar. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al parágrafo 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, así:*

“j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término



de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

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.** (Negritas fuera de texto).
- b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. (Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-429-97 del 4 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).
- c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.
- d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.
- e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servi-



dor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. (Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007).

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

Finalmente los artículos 3 y 4 de la Ley 1474 de 2011 modificaron la Ley 734 de 2002 la cual quedó así:

“ARTÍCULO 3o. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.” (Negritas fuera de texto).

La norma transcrita prescribe una prohibición clara para los ex servidores públicos en el sentido de establecer que no podrán prestar servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto a la entidad a la cual prestó sus servicios y a las entidades que estuvieron sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad a la que haya estado vinculada, por otra parte el artículo 4 establece:

“ARTÍCULO 4o. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8o 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.” (Negrillas fuera de texto)

A diferencia de la prohibición establecida en el artículo 3, el artículo 4 establece una inhabilidad clara para poder contratar con el estado durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, dirigida únicamente a los cargos de nivel directivo.

3.3. CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES

Jurisprudencialmente se ha establecido que la configuración de las inhabilidades acarrea lo siguiente:

- a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.
- b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

El artículo 6º de la Ley 190 de 1995 señala:

“En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

Frente al tema, la Corte Constitucional señaló que

“El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar...”

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantizan un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación.

De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de

ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes⁴

4. Conclusiones.-

De conformidad con las normas y pronunciamientos esbozados, podemos concluir que las únicas razones que impiden a un ciudadano ocupar un cargo público y celebrar contratos con el Estado son las inhabilidades que están establecidas taxativamente en la Constitución y la Ley.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, recordando que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Ricardo Antonio Rodríguez Cárdenas
Profesional especializado grado 03

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-038/96, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.