



MEMORANDO

Código Dependencia

MINDEPORTE 07-04-2021 17:38
Al Contestar Cite Este No.: 2021EE0005680 Fol:1 Anex:0 FA:0
ORIGEN 120-OFICINA JURIDICA / DIANA FERNANDA CANDIA ANGEL
DESTINO ANDREA PATRICIA AVILA VACCA
ASUNTO CONCEPTO CONTRATACION POR PRESTACION DE SERVICIOS DE PERSONA QUE
OBS

2021EE0005680



Para: Miguel Ernesto Acevedo Rico
Director de Posicionamiento y Liderazgo Deportivo

De: 120-DESPACHO DEL MINISTRO/OFICINA JURÍDICA

Asunto: Concepto contratación por prestación de servicios de persona que antes ocupaba un cargo en provisionalidad.

Respetado Miguel,

La Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta a solicitud de la referencia de acuerdo con las funciones establecidas en el Artículo 9 numeral 8 del Decreto 1670 de 2019:

“Artículo 9. Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:

8. Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas a la entidad sobre asuntos de competencia del Ministerio.”

Se solicitó en su consulta, se aclare si existe alguna inhabilidad para contratar, por medio de un contrato de prestación de servicios, a una persona que previamente se desempeñó en el Ministerio en un cargo en provisionalidad.

I. MARCO NORMATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

1. Constitución Política Nacional.
2. Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”
3. Ley 1150 de 2007. “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.”
4. Ley 909 de 2004. “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”
5. Ley 1474 de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión



- pública”.
6. Ley 1952 de 2019. “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”
 7. Decreto 770 de 2005. “Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004”.
 8. Decreto 2489 de 2006. “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones.”
 9. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 71561 de 2019. “Inhabilidades e incompatibilidades. Alcance del artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, en relación con los trabajadores oficiales”.
 10. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto Marco 07 de 2017. “Concepto marco clasificación de los empleos del orden nacional y territorial”.

II. CONSIDERACIONES.

De acuerdo con la consulta, el problema jurídico se concreta en dilucidar si un funcionario que estuvo vinculado en un cargo en provisionalidad en la Dirección de Posicionamiento y Liderazgo y, posteriormente, por medio de un contrato de prestación de servicios con la Dirección de Fomento y Desarrollo, se encuentra incurso en alguna causal de inhabilidad o impedimento para ser contratado por la Dirección de Posicionamiento y Liderazgo a través de un contrato de prestación de servicios.

Las normas pertinentes para evaluar la inhabilidad en comento son los literales a y f del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993:

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

[...]

2. *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.*

[...]

f) **[INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO]** *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.

El literal f fue adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 y fue objeto de estudio de constitucionalidad en la sentencia C-257 de 2013, en la que aclaró 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 utilizarlos 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.***

El Departamento Administrativo de la Función Pública también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, reiterando las consideraciones de la Corte Constitucional, al decir que:

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 éstos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, en virtud de una política pública cuya finalidad atiende a 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.

*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, según la clasificación de empleos públicos^[1], el código 2028 grado 22, con el que estuvo vinculado el señor Ruiz al Ministerio del Deporte hace parte del Nivel Profesional, no del nivel directivo, asesor o ejecutivo, sobre los cuales se aplica la inhabilidad del literal a); ni del nivel directivo, que conforma el supuesto de hecho de la inhabilidad del literal f).

Sin embargo, es oportuno aclarar que, de acuerdo con el Código General Disciplinario, la “[...] prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo” frente a la entidad en la que se desempeñó un cargo público y dentro del año siguiente a la dejación del cargo, es causal de falta disciplinaria, tanto para el prestador como para quien permite tal prestación de servicios; mientras que para “[...] los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones” la incompatibilidad es indefinida:

ARTÍCULO 56. FALTAS RELACIONADAS CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES, INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS Y CONFLICTOS DE INTERESES.

[...]

4. 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 un (1) año 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 organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público 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 existen sujetos claramente determinados.^[2]

En definitiva, no se presenta ninguna de las causales de inhabilidad previstas en los literales a y f del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el empleo que desempeñó previamente el señor Ruiz no se encuentra dentro de la clasificación de empleos del nivel directivo, asesor o ejecutivo. Sin embargo, la posibilidad de contratar sus servicios en la Dirección de Posicionamiento y Liderazgo Deportivo debe evaluarse teniendo en cuenta la limitación prevista en el numeral 4 del artículo 56 del Código General Disciplinario.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.



Cordialmente,

Diana Fernanda Candia Angel
Jefe Oficina Asesora Jurídica

[\[1\]](#) Ley 909 de 2004; Decreto 2489 de 2006.

[\[2\]](#) Código General Disciplinario.

Elaboró: Laura Bohórquez - Contratista

Revisó: Diana Fernanda Candia Angel / 07-04-2021 17:38