



Función Pública

Concepto 72671 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000072671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000072671

Fecha: 24/02/2020 06:45:16 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex empleado Público. RAD. 20202060025282 del 20 de enero de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual solicita:

"(...)

1. *¿Cuáles son las inhabilidades de un funcionario en la posición de Asesor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG para trabajar en un gremio de empresas de servicios públicos?*

2. *Un funcionario en la posición de Asesor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG que haya participado en la construcción de regulación que aplica a las empresas de servicios públicos que componen un gremio podría trabajar en este directa o indirectamente?*

2. *¿Se entiende que el exfuncionario de la CREG no podría trabajar en un gremio que asocie empresas de servicios públicos sujetas a regulación CREG en temas relacionados con el gremio porque en este gremio el exfuncionario CREG asesoraría a las empresas sujetas a la regulación de la CREG en asuntos relacionados con los trabajados en el cargo en la Comisión de los cuales participo en ejercicio de sus funciones y representaría ante entidades de Gobierno, incluyendo la CREG, a las empresas sujetas a la regulación de la CREG en los asuntos relacionados con el cargo en la CREG?"*

Al respecto, me permito informar lo siguiente:

Sea lo primero anotar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el

servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, ni se encuentra facultado para declarar derechos individuales, ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su competencia.

Frente al alcance del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, relacionado con la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados, cabe aclarar lo siguiente:

El artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 3°. 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 sujetos claramente determinados.”

La Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013, dispuso lo siguiente con relación al artículo 3 de la Ley 1474 de 2011:

“Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar 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: (P2)

En relación con la finalidad, la utilidad y la necesidad de las medidas objeto de análisis ya se pronunció la Corte en la citada sentencia C-893 de 2003.

(...)

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o

naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma." (Subrayado fuera de texto).

Es importante resaltar como antecedente jurisprudencial la sentencia C-893 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se declaró exequible el texto original del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en el entendido que la prohibición allí establecida será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que sería de un (1) año en los demás casos, 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 se haya estado vinculado. En la sentencia citada la Corte Constitucional, preceptuó lo siguiente:

"4.4. Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia.

Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

4.5. Ahora bien, en este caso, la actora reprocha la prohibición a todo servidor público de incurrir o permitir que se incurra en la incompatibilidad de prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, que se prolonga por el término de un año a partir de la dejación del mismo, pues considera que esta prohibición viola los derechos a la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26) y la vigencia de un orden justo, por cuanto, según su concepto se impone obligaciones de servidor público a una persona que ya no está vinculada con la administración.

Para la Procuraduría no hay tal violación, por el contrario, se está frente a una carga impuesta al servidor público que justifica su previsión por el legislador para evitar que el interés público se vea menoscabado por los de tipo privado, lo que explica la prolongación en el tiempo.

Igualmente, el interviniente del Ministerio del Interior y de Justicia, consideró que la norma no se aparta de los postulados constitucionales que rigen lo concerniente al derecho al trabajo, el poder público disciplinario y la responsabilidad de los particulares frente al Estado.

4.6. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

En ese orden de ideas, la adopción por el legislador de un régimen específico de incompatibilidades y el establecimiento de prohibiciones a los servidores públicos para que queden separados de manera nítida los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas, resulta plenamente acorde con los principios que informan el Estado de Derecho, entre los cuales es de su esencia que la función pública se realice dándole eficacia a los principios que para ella señala el artículo 209 de la Constitución.

(...)

Del mismo modo, no es extraño a la Constitución, sino al contrario, característica del Estado de Derecho, que la función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, que ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público.

Desde luego, como corolario obligado de lo expuesto en precedencia, al Estado de Derecho le repugna que la función pública se ejerza con quebranto de la moralidad administrativa o que se dilate sin causa justificada, o que al realizarla no se cumpla con ella la finalidad propia del servicio público que, se repite, se ha instituido para la satisfacción del interés público o de los intereses particulares, pero conforme a la ley

4.7. Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 según la cual a todos los servidores públicos les está prohibido "Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra", se ajusta a la Carta Política, conforme a las precisiones que a continuación se exponen:

4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador. (...)". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, al referirse la norma a la prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular unos servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones, puede considerarse que la prohibición de realizar estas actividades se enmarca en el ejercicio privado de algunas funciones, cargos o actividades que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Así las cosas, la prohibición aplicaría para que el ex servidor preste, a título personal o por interpuesta persona, 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 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.

Es decir, de conformidad con lo estipulado por la Corte Constitucional, las prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la ley 1474 de 2011 se destinan respecto de los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios; prohibición que será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

De conformidad con lo anterior, los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar a las entidades en las cuales estuvieron vinculados o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos diferentes a aquellos que se relacionen con las competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva.

Se considera que dicha restricción no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público (mediante una relación legal y reglamentaria) o trabajador oficial (contrato laboral) en otra entidad estatal, por cuanto en ella no se está ante un ejercicio de funciones, cargos o actividades privadas, sino ante el desempeño de una función pública.

Es importante recordar que de conformidad con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo «Pacto por Colombia, pacto por la equidad», la Ley 1952 de 2019 entrará a regir el 01 de julio de 2021; por lo que las normas vigentes frente a su consulta son las anotadas en el presente concepto.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:46:42