



Función Pública

Concepto 040291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000040291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000040291

Fecha: 04/02/2021 05:31:32 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex empleado público. Asesoría, asistencia o representación en la entidad donde laboraba. RAD. 20212060025252 del 19 de enero de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que estuvo vinculado como Director de Energía Eléctrica al Ministerio de Minas y Energía en el período comprendido entre octubre de 2018 y agosto de 2021, con las funciones asignadas conforme lo definido en el artículo 16 del Decreto 381 de 2012. Actualmente está participando en un proceso de selección para vincularse laboralmente en una empresa de servicios públicos del Sector Privado que tiene como objeto social principal la prestación de los servicios públicos de energía, energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y gas natural, de conformidad con lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994. El objeto y responsabilidades del rol al cual está aspirando dentro de la Compañía son las siguientes: Objeto: Planificar, dirigir y controlar el desarrollo de las actividades requeridas para la construcción y montaje de proyectos sociales de alto impacto, gestionando y coordinando el relacionamiento a nivel institucional, con autoridades municipales, departamentales y nacionales, así como las comunidades, de tal manera que se pueda facilitar la ejecución de dichos proyectos con el presupuesto y en el cronograma propuesto, de acuerdo con la normativa socioambiental, la estrategia y objetivos organizacionales. La Compañía a la que se vincularía laboralmente, en ejercicio de su actividad empresarial tiene relacionamiento permanente con el Ministerio de Minas y Energía en su condición de organismo rector del sector eléctrico y como ejecutor de proyectos que se financian con recursos de los Fondos FAER, FAZNI, FENOGE, PRONE. Considera que el objeto y las obligaciones que ejecutaría no involucran la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que ostentó como Director de Energía Eléctrica. Con base en la información precedente, consulta:

Informar si de acuerdo con lo señalado anteriormente, y dado que la Compañía debe seguir teniendo relacionamiento permanente con el Ministerio de Minas y Energía conforme a lo expresado en el considerando 9, podría configurarse, para la Compañía, la situación establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, así no participe directa o indirectamente en situaciones de servicios, asesorías o consultorías relacionadas con las funciones de mi anterior cargo.

Informar si de acuerdo con lo señalado anteriormente, el vincularse laboralmente con la Compañía con el objeto y obligaciones ilustrado en los considerandos, podría hacerme sujeto de la prohibición establecida en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el numeral 4 del artículo 56 de la Ley 1952 de 2019.

Informar hasta cuándo, como exservidor público a nivel directivo del Ministerio de Minas y Energía que fui (hasta agosto de 2020), tendré la

inhabilidad para hacer gestiones ante este ministerio, en dependencias diferentes a la Dirección de Energía Eléctrica.

Informar si existe algún tipo de inhabilidad (y en que período se configuraría tal) para este exservidor público a nivel director del Ministerio de Minas y Energía, con relación a la gestión ante instituciones pertenecientes al Sector Minas y Energía del Sector Descentralizado, pero diferentes al Ministerio de Minas y Energía (Sector Central), concretamente la UPME (entidad encargada de la planificación del sector) y la CREG (entidad reguladora del sector).

Informar hasta cuándo tendría la inhabilidad para hacer gestiones ante la Dirección de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía, dirección de la cual fue director hasta agosto de 2020.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", 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, 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 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. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

En este sentido y a manera de orientación general, se efectuará el análisis con base en la legislación y la jurisprudencia pertinente, con el objeto que el consultante cuente con suficiente información para adoptar las decisiones del caso.

Respecto a las prohibiciones para los ex servidores públicos, la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", determina en su artículo 35, modificado por el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011:

"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."

Como se observa, la norma descrita contempla dos prohibiciones para los ex servidores públicos respecto a los servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba:

A personas naturales o jurídicas en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, prohibición que se extiende por el término de dos años, respecto a la entidad donde prestó sus servicios como empleado.

A personas naturales o jurídicas que estuvieron sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad donde prestó sus servicios. Si como empleado conoció del asunto, la prohibición será por tiempo indefinido.

Sobre esta prohibición, la Corte Constitucional se pronunció en su sentencia [C-257](#) del 07 de mayo de 2013, con ponencia del Conjuez Jaime Córdoba Triviño, al plantear la posibilidad de que al ser interpretada textualmente pudiera conllevar medidas desproporcionadas que afectaran el núcleo esencial del derecho al trabajo, oportunidad en la que el órgano constitucional argumentó lo siguiente:

“(…) 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”. (Negrilla fuera de texto).

Conforme a lo anterior, el artículo 3 de la Ley [1474](#) de 2011, establece la prohibición para el ex servidor público de prestar servicios de asistencia, representación o asesoría exclusivamente frente a asuntos relacionados con las funciones propias del cargo al cual se estuvo vinculado, de manera que sea posible su ejercicio frente a otras materias no desempeñadas.

Para este aparte normativo, 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;

En la sentencia citada la Corte Constitucional, preceptuó lo siguiente:

“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.

(...)

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.

(...)”.

(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, esta prohibición solamente aplicaría para que el ex servidor preste, a título personal o por interpuesta persona, y en ejercicio de actividades o profesiones liberales, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, quien deberá esperar dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, término que corresponde igualmente con 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.

Sin embargo, sobre los asuntos concretos que conoció, no podrá asesorar, asistir o representar de manera indefinida.

Cabe agregar que la norma en estudio hace relación a actividades que desarrolle el ex servidor en actividades liberales o independientes.

Ahora bien, como se indicó en la parte inicial del concepto, no es del resorte de este Departamento decidir sobre la configuración de las causales de inhabilidad o sobre la verificación de las prohibiciones legales, como es el presente caso. Por lo tanto, deberá el consultante efectuar la comparación de las funciones realizadas en la entidad pública y las que deberá realizar en la empresa donde aspira ingresar y, de acuerdo con los parámetros expuestos en los apartes anteriores, establecer si están relacionadas o no, incluyendo aquellas que no están enlistadas pero que le fueron asignadas.

Cabe agregar que los empleados públicos del nivel directivo de las entidades del Estado, participan en una serie de actividades que, en estricto sentido, no están enlistadas en su Decreto respectivo, para el caso, el 381 de 2012, pero que han sido asignadas por el superior inmediato

(Viceministro), de acuerdo con la estructura de la entidad y a su Sistema de Gestión, dirigidas a adoptar las decisiones que corresponden a la entidad.

Es pertinente señalar que la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, establece en su artículo 48:

“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.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

(...).

(Se subraya).

De acuerdo con el texto legal en cita, si el ex servidor público actúa contrariando la prohibición contenida en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, estará incurriendo en falta disciplinaria catalogada como gravísima que podrá generar la respectiva sanción.

Con base en lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera lo siguiente:

El ex Director de Energía Eléctrica al Ministerio de Minas y Energía no podrá prestar asesoría, representación o asistencia a organismos o entidades que estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado y en los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo desempeñado, prohibición que atiende al término de dos años. Esta prohibición es personal, y está referida a la asesoría, representación o asistencia del ex empleado como persona natural y hacia entidades o personas que, conforme al análisis efectuado, no puede brindar este servicio. Si se llegare a comprobar esta transgresión, será el ex servidor objeto de investigaciones y posibles sanciones. No obstante, estas consecuencias no se ejercen sobre la compañía a la que se vincula. Sobre ella podrán efectuarse investigaciones que no son del resorte de este Departamento.

Como se indicó en los apartes anteriores, el consultante deberá verificar las funciones que le fueron asignadas en la norma, y las que el superior inmediato le asignó, o en las actividades que como directivo de la entidad, participaba al interior de la entidad pública. Debe recordarse que las entidades oficiales cuentan con diversas metodologías de trabajo y muchas de las decisiones que se adoptan, tienen como sustento un trabajo en equipo del grupo directivo. Así, estas actividades también deben ser analizadas por el consultante para establecer si se configura o no la prohibición de la norma en estudio.

La prohibición descrita en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 tendrá una duración de dos años, contados a partir del retiro efectivo de la entidad. Pero si se trata de un asunto sobre el cual tuvo conocimiento (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), será de tiempo indefinido.

La inhabilidad objeto de esta consulta está referida a la entidad en la cual prestó sus servicios. No se hace extensiva a otras entidades.

En caso que el ex servidor actúe en contravención a la citada prohibición, esta situación podrá ser investigada y sancionada disciplinariamente.

En caso 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:20:31