



Función Pública

Concepto 133621 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000133621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000133621

Fecha: 16/04/2021 07:54:43 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA - INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Servidor Público - Arquitecto - RADICADO: 20219000166002 del 29 de marzo de 2021.

Respetado señor Clavijo:

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta si existe *"falta disciplinaria o una incompatibilidad o inhabilidad si UN ARQUITECTO que es funcionario público de la Alcaldía de Medellín cuyo cargo en el momento de ejercer la profesión es LÍDER DE PROGRAMA EN EL OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA ALCALDÍA DE MEDELLÍN, pudiera realizar actividades en su tiempo libre o sea por fuera del tiempo que ejerce como servidor público, dichas actividades son de asesorías o hacer contratos de servicios Profesionales puntuales a un particular para la entrega de productos o gestión de trámites relacionados con licencias de construcción en una curaduría urbana de la ciudad en mención a cambio de honorarios, por fuera del tiempo que normalmente ejerce como servidor público, teniendo en cuenta que las funciones y actividades del cargo que realiza como funcionario público en el cargo específico, no tiene nada que ver con las actividades que ejerce en tiempo y lugar en ejercicio de dicha profesión"*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, la Constitución Política establece:

ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

"ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política" consagra:

"ARTICULO. 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f. Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades."
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Ahora bien, con respecto al ejercicio de la arquitectura y las incompatibilidades en el ejercicio de la profesión, la Ley 435 de 1998 "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Arquitectura y sus profesiones auxiliares, se crea el Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus profesiones auxiliares, se dicta el Código de Ética Profesional, se establece el Régimen Disciplinario para estas profesiones, se reestructura el

Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura en Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus profesiones auxiliares y otras disposiciones”, señala:

ARTICULO 1. DEFINICIONES. Para todos los efectos legales, entiéndase por arquitectura, la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte.

El ejercicio profesional de la arquitectura es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano. En desarrollo de las anteriores actividades, el arquitecto puede realizar estudios preliminares, diseños, modelos, dibujos, especificaciones y documentación técnica, coordinación de documentación técnica y actividades de otros profesionales especializados, planificación, economía, coordinación, administración y vigilancia del proyecto y de la construcción.

ARTICULO 20. <DEBERES DE LOS PROFESIONALES QUE SE DESEMPEÑEN EN FUNCIONES PUBLICAS O PRIVADAS>.

(...)

b) Los profesionales que por sus funciones en el sector público o privado sean responsables de fijar, preparar o evaluar condiciones de pliegos de licitaciones o concursos deberán actuar en todos los casos de manera imparcial;

(...)

PARAGRAFO. Los deberes de los profesionales en sus actuaciones contractuales se regirán por lo establecido en la legislación vigente en esa materia.

ARTÍCULO 22. Incurrirán en falta al régimen a que se refiere el presente capítulo:

a) Los profesionales que actúen simultáneamente como representantes técnicos o asesores de más de una empresa que desarrolle idénticas actividades y en un mismo tema, sin expreso consentimiento y autorización de las mismas para tal actuación;

b) El profesional que en ejercicio de sus actividades públicas o privadas, hubiese intervenido en determinado asunto, no podrá luego actuar o asesorar directa o indirectamente a la parte contraria en la misma cuestión;

c) El profesional no debe intervenir como perito o anexo en cuestiones que le comprendan las inhabilidades e incompatibilidades generales de la ley.

PARÁGRAFO. En las licitaciones y en lo atinente a sus relaciones contractuales, los profesionales estarán sujetos a las incompatibilidades establecidas en la legislación vigente.

En virtud de la ley 435 de 1998 el ejercicio profesional de la arquitectura es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios.

En cuanto a los deberes de los arquitectos se estipuló entre otros que, los profesionales que por sus funciones en el sector público o privado sean responsables de fijar, preparar o evaluar condiciones de pliegos de licitaciones o concursos deberán actuar en todos los casos de manera

imparcial y que los deberes de los profesionales en sus actuaciones contractuales se regirán por lo establecido en la legislación vigente en esa materia.

Por su parte, incurrirá en falta al régimen de la arquitectura contemplado en la mencionada ley los profesionales que actúen simultáneamente como representantes técnicos o asesores de más de una empresa que desarrolle idénticas actividades y en un mismo tema, sin expreso consentimiento y autorización de las mismas para tal actuación así como el profesional que en ejercicio de sus actividades públicas o privadas, hubiese intervenido en determinado asunto, no podrá luego actuar o asesorar directa o indirectamente a la parte contraria en la misma cuestión.

Así las cosas, dado que la Ley 435 de 1998 no contiene ningún precepto que prohíba a los arquitectos que ostenten la calidad de empleados públicos ejercer la profesión de manera independiente, puede inferirse que no se ha establecido taxativamente como causal de inhabilidad o incompatibilidad el ejercicio simultáneo de la arquitectura en el sector privado y ser servidor público.

Ahora bien, el Decreto 2400 de 1968, "por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", expresa:

"ARTÍCULO 8º. A los empleados les está prohibido:

"Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)" (Subraya fuera del texto)

Con respecto al régimen disciplinario de los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

"ARTÍCULO 34. Los deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales." (Subraya y negrilla fuera del texto)

(...)

De acuerdo a los anteriores artículos, es deber de todo servidor público dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas y les está prohibido realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo.

En cuanto a la prohibición de prestar asesoría en asuntos relacionados con las funciones del cargo, el numeral 22 del artículo 35 del Código Único Disciplinario, numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, dispuso:

"ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

"(...)"

22. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> *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.(...)”

En la exposición de motivos del “Proyecto de ley 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”, se indicó:

“La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) 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 en Sentencia No. C-893 de 2003, en cuanto al alcance del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señaló lo siguiente:

“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.

4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública.

(...)”.(Subrayas fuera del texto)

De acuerdo al numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, a todo servidor público le está prohibido 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.

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 una profesión, actividad o función, que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos², el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

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.

Por consiguiente, una vez adelantada la revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay impedimento para que un empleado público pueda realizar actividades, prestar asesorías o celebrar contratos tendientes a prestar sus servicios profesionales de arquitecto a un particular *“para la entrega de productos o gestión de trámites relacionados con licencias de construcción en una curaduría urbana de la ciudad en mención a cambio de honorarios”*, siempre y cuando estas funciones no impliquen recibir doble asignación del erario público o que al prestar sus servicios profesionales de arquitecto no incurra en la prohibición del servidor público para celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos (artículo 127 y 128 constitucional) y que dichas actividades sean realizadas por fuera de la jornada laboral; en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como empleado público; además no deberá prestar a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:27:17