



**Función Pública**

## Concepto 178421 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000178421\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000178421

Fecha: 21/05/2021 12:31:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex empleado público. Asesoría, asistencia o representación en la entidad donde laboraba. RAD. 20219000211212 del 29 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el artículo 44 de la Ley 142 de 1994, que establece que los funcionarios de la Superservicios o Comisiones de Regulación y sus parientes, no pueden trabajar para empresas de servicios públicos hasta un año después de dejar el cargo, siendo la empresa de servicios públicos una empresa industrial y comercial del estado en la cual se tienen cargos oficiales y públicos (estos últimos de dirección, confianza, libre nombramiento y remoción), no aplicaría ya que se entiende que ambos son empleos públicos y no significa el ejercicio privado de una profesión, me permito manifestarle lo siguiente:

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.

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, por lo tanto, no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público en otra entidad estatal regido mediante una relación y reglamentaria, toda vez que, como empleado público, no se está ante un ejercicio privado de una profesión, actividad o función, sino ante el desempeño de una función pública.

La prohibición expuesta, aplica para todos los ex servidores públicos, incluyendo quienes prestaron sus servicios en empresas de servicios públicos, Comisiones Reguladora y Superintendencias.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 44:

“ARTÍCULO 44. Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

(...)

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

(...).”

Sobre esta inhabilidad, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, en el concepto No. 1114 el 16 de julio de 1998, se pronunció en los siguientes términos:

“1.2. La inhabilidad establecida por el numeral 2 del artículo 44 de la ley 142 de 1994. La ley 142 de 1994 que estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, señaló varias inhabilidades e incompatibilidades específicas para el campo de las Empresas de Servicios Públicos, las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(...)

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 44 de la mencionada ley, estableció una incompatibilidad que se aplica en dos sentidos:

- a. El ex administrador o ex empleado de una empresa de servicios públicos domiciliarios no puede prestar sus servicios a una Comisión de Regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, antes de que haya transcurrido un año de su retiro de la empresa.
- b. El ex empleado de una Comisión de Regulación o de la Superintendencia no puede laborar en una empresa de servicios públicos domiciliarios, antes de que haya pasado un año de su desvinculación de la entidad estatal.

(...)

Sobre este particular es preciso analizar la finalidad de la inhabilidad, la cual, como se aprecia del texto de la misma, es la de evitar un conflicto de intereses entre la persona que laboró en una empresa de servicios públicos y quiere ingresar a una Comisión de Regulación o a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, e impedir también la posibilidad de un favorecimiento respecto de alguna regulación o medida de control, a su antigua empresa, por parte de esa persona al vincularse inmediatamente o en un corto lapso a una Comisión de Regulación o a la Superintendencia.

La norma busca que haya un efectivo desprendimiento de la persona del trabajo que cumplió en la empresa en la cual laboró y de los intereses particulares que allí defendió, para lo cual fija el plazo de un año desde el retiro, que es razonable, con la finalidad de que al ingresar a una Comisión de Regulación o a la Superintendencia tenga un criterio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones.

Lo mismo se predica del ex funcionario de una Comisión de Regulación o de la Superintendencia, que quiera ingresar enseguida a una empresa de servicios públicos domiciliarios.

En este caso, la norma pretende evitar el tráfico de influencias que se podría eventualmente presentar entre esa persona, como antiguo empleado de la entidad estatal, y la empresa particular a la cual quiere servir.

La misma norma establece que debe transcurrir un año cuando menos, para que el ingreso de tal persona a la nueva empresa se pueda producir, pues se considera que es un término razonable para que el hipotético poder de influencia o injerencia indebida del ex funcionario haya cesado.

Ahora bien, teniendo en cuenta esa finalidad de la inhabilidad, es lógico concluir que ésta se refiere a la respectiva Comisión de Regulación o a la respectiva Delegada de la Superintendencia, según la clase de servicio público domiciliario prestado por la empresa en la cual haya trabajado la persona o a la cual vaya a trabajar. No se refiere a una Comisión o a una Delegada distinta, pues allí no tendría razón de ser.

En otras palabras, si por ejemplo, la persona fue un empleado de una empresa de servicios públicos de telecomunicaciones, estaría inhabilitada, dentro del año siguiente a su retiro, para ser servidor público de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o de la Delegada para Telecomunicaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos, no de otra Comisión o Delegada, ya que en este último caso no se estaría ante los supuestos de hecho que sustentan la norma.

De igual manera, si, a título de ejemplo, la persona fue un funcionario de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico o de la Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia, estaría inhabilitada para trabajar, antes de un año de su desvinculación, en una empresa de servicios públicos de acueducto, alcantarillado o aseo, que es donde se podría presentar el eventual tráfico de influencias que la norma quiere evitar.

Sobre este aspecto de la finalidad de las inhabilidades como criterio de interpretación de éstas, es particularmente ilustrativa la sentencia C-147 del 22 de abril de 1998 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el literal c) del artículo 6 de la ley 330 de 1996, en el sentido de que la inhabilidad para ser elegido Contralor departamental, aplicable a quien "durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental", se refiere al mismo departamento y no a otro.

Expresó la Corte: "Este criterio sistemático se confirma si tenemos en cuenta la finalidad de esa inhabilidad, que es, como ya se señaló, impedir que una persona utilice su cargo para hacerse elegir contralor departamental, o que, la persona electa a esa función resulte controlando sus actuaciones precedentes como servidor público".

Y citando una sentencia anterior (la C-011/94), concluye la Corte Constitucional: "cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática finalística". (Se subraya)

Del texto legal y del concepto citado, se infiere que la inhabilidad está dirigida a quien haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos y dentro del año siguiente a su desvinculación de esta última, pretenda prestar sus servicios, sin importar la modalidad de dicha prestación, a una entidad que era vigilada por su antigua empresa, o viceversa.

Así, la diferencia con la inhabilidad contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, consiste en que, en esta última, la prohibición de asistir, asesora o representar a las personas naturales o jurídicas está referida al ejercicio liberal de la profesión, mientras que la señalada en el artículo 44.2 de la Ley 142, incluye en la prohibición la vinculación como servidor público en las entidades señaladas, tal como los ejemplos señalados en el concepto del Consejo de Estado.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que los funcionarios de la Superservicios o Comisiones de Regulación y sus parientes, no pueden prestar sus servicios de asesoría, asistencia y/o representación a personas naturales o jurídicas en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de 2 años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios o por término indefinido si se trata de asuntos sobre los que conoció, en el ejercicio liberal de su profesión.

Adicionalmente, tampoco podrá laborar como empleado o trabajador para empresas de servicios públicos hasta un año después de dejar el cargo, en una empresa de servicios públicos domiciliarios del sector respectivo.

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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:46