



Concepto 191551 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000191551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000191551

Fecha: 31/05/2021 02:03:42 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público como contratista. Radicado: 20219000430362 del 14 de mayo de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

"Mediante Acuerdo 001 del 14 de febrero de 2019, la Junta Directiva de la ESE Hospital (...), crea la planta Temporal con vigencia del 4 de junio de 2019 al 30 de abril de 2020. Previo el trámite administrativo requerido, la ESE realizó los nombramientos de algunas auxiliares del área de la salud. Pese a lo anterior, el día 29 de abril de 2020, fecha en la que aún se encontraban vinculadas a la planta temporal de la ESE Hospital (...), las auxiliares suscribieron órdenes de prestación de Servicios con la misma entidad. Solicito se informe si las auxiliares estaban sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal, si se veían inmersas en alguna de las excepciones de los trabajadores del régimen de salud y si las mismas podían suscribir ordenes de prestación de servicios encontrándose vinculados en planta temporal, aun cuando la misma finalizaba al día siguiente". (copiado del original)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece como una de las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con entidades estatales el hecho de tener la calidad de servidor público. En otras palabras, los empleados públicos o trabajadores oficiales no pueden en su ejercicio suscribir contratos estatales, por expresa prohibición legal.

Ahora bien, en el entendido que se trate de ex servidores públicos como contratistas en la misma entidad, el Artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, modificatorio del numeral 22, Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señala:

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.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia [C-257](#) de 2013 al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1 del Artículo 3 y el Artículo 4 de la Ley [1474](#) de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, expone 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. (Subrayado fuera del texto)

En ese sentido, la mencionada prohibición, de los ex servidores públicos para gestionar intereses privados, pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento, en razón de las funciones desarrolladas como servidor público a efectos de evitar que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de: intereses particulares, exclusiones indebidas, favoritismos reflejados en privilegios no autorizados por la ley o ventajas obtenidas a merced del uso de información obtenida por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad característica de los funcionarios públicos.

Es decir, acorde con las estipulaciones de la Corte Constitucional, la prohibición del Artículo 3 de la ley [1474](#) de 2011 se destina única y

exclusivamente respecto de los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo desempeñado y con respecto a la entidad, organismo o corporación donde prestaron sus servicios, o de aquellas sujetas a inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad donde se estuvo vinculado.

De igual manera, es importante mencionar el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Radicado núm. 68001-23-15-000-2004-00002-02 (3875), del 19 de enero de 2006, respecto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, afirma:

Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad¹. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

En consecuencia, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado, no resulta viable la celebración de contratos, de cualquier tipo, con entidades estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que no pueden obtenerse de otra manera o para eludir inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, si bien su pregunta no es clara. Sin embargo, nos pronunciaremos en dos sentidos: (i) el servidor público, incluso el de planta temporal, tiene prohibido suscribir contratos por orden de prestación de servicios con cualquier entidad pública y, (ii) el ex servidor público, entiéndase quien está desvinculado de la planta de personal, puede asistir, representar o asesorar a las entidades donde estuvieron vinculados en asuntos distintos a aquellos relacionados con las funciones específicas desarrolladas durante el tiempo de su vinculación en la respectiva entidad.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:25:46