



Concepto 291051 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000291051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000291051

Fecha: 09/08/2021 12:26:47 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un ex servidor público del nivel directivo (secretario de obras y servicios públicos) que renunció desde el 30 de diciembre de 2019, el día de hoy se presente a un licitación como representante legal de una empresa, pero a través de un consorcio? Radicado 20219000552052 del 30 de julio de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que un ex servidor público del nivel directivo (secretario de obras y servicios públicos) que renunció desde el 30 de diciembre de 2019, el día de hoy se presente a un licitación como representante legal de una empresa, pero a través de un consorcio, me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicarle que de conformidad con lo expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

De acuerdo con lo señalado, tenemos que la Ley 1474 de 2011¹, sobre las restricciones para que los ex servidores públicos contraten con las entidades públicas, establece:

“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”.

“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”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013, resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del Artículo 3 y el Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, afirmó:

“(…) El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores

públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.

Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución Política pues como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte en la sentencia C-893 de 2003, que le sirvió de guía y fundamento en esta oportunidad al legislador, responde a un fin constitucionalmente legítimo, como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas. (...)

Por lo demás el plazo de dos años sigue siendo razonable y proporcionado si se toma en cuenta que la finalidad perseguida es precisamente la de evitar o minimizar los canales de influencia del ex servidor con las entidades a las que estuvieron vinculados o, de otra parte, los vínculos con los sujetos o empresas que fueron objeto de manera concreta del control, vigilancia, inspección o regulación durante el ejercicio de sus responsabilidades públicas. (...). (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación mediante fallo número 161-3296(163- 12417105), aprobado en Acta de Sala No. 54 del diciembre 6 de 2006, respecto a la prohibición establecida en el numeral 22 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, afirmó:

“Justamente el legislador disciplinario, en la ley 734 de 2002, Artículo 35 numeral 22 y 25 estableció otras dos prohibiciones consistentes en: numeral 22 “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” y, numeral 25 “Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieren a su cargo.

El Artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional en sentencia C 893/03 se pronunció señalando: “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” y más adelante agrega: “Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el Artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 se ajusta a la Carta Política.

Del extracto de la sentencia citada se resalta que las incompatibilidades pueden ser establecidas por el legislador, pero en especial, que éstas no se limitan a prohibir la actuación simultánea del cargo de servidor público con el desarrollo de otras actuaciones públicas, sino que también se extienden al ejercicio concomitante de cargos o labores públicas con algunas funciones, cargos o actividades privadas que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública, tal como sucede en el caso de la norma contenida en el Artículo 35 numeral 22, citado, en el que la conducta prohibida se mantiene hasta el año siguiente luego de finalizada la vinculación con el Estado; pues a pesar que se trata del ejercicio privado de una profesión, actividad o función legítimas, las mismas encuentran barreras cuando quien las ejecuta es un servidor público, dada las funciones propias que ejerce o ejerció con el Estado, generando la incompatibilidad entre estas dos actuaciones.

Se debe resaltar que el tipo disciplinario del numeral 22, establece tres modalidades distintas de prestación de servicios, bien por asesorar, asistir o representar en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo; lo cual a la vez constituye tres formas de ejercer la abogacía, ejercicio que está prohibido expresamente para los servidores públicos. En este caso concreto se advirtió por la Sala disciplinaria, que el disciplinado no prestó servicios de representación pero en cambio sí había asesorado y asistido en dichos asuntos desde el momento en que se asoció con la pre-cooperativa Servicopava, prohibición que se hace extensiva hasta un año después de la desvinculación de la entidad, por lo que la renuncia presentada y aceptada por el Ministerio de la Protección Social no surte ningún efecto en lo relacionado con la falta disciplinaria.

La Constitución Política de 1991 está regida por la libertad de las personas en escoger su profesión y oficio, pero de igual manera ha señalado que quien acceda a la Función Pública está sometido a unas relaciones especiales de sujeción y por lo mismo el Estado puede hacerle exigencias mayores que a los particulares y verificar su desempeño, conforme lo establece el Artículo 6º de la Constitución Política. Precisamente las incompatibilidades son una forma de prohibición de ejercicio simultáneo del desempeño de actividades, o cargos, con la calidad de funcionario público, y con ellas se pretende controlar o evitar que los servidores públicos caigan en prácticas que atentan contra la ética, como lo es prestar asistencia o asesoría a título particular respecto de asuntos relacionados con las funciones adelantadas como funcionario público, prohibición que en concreto pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público”.

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

En ese sentido, como lo señala la Procuraduría General de la Nación, 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 lo demás, el plazo de dos años sigue siendo razonable y proporcionado si se toma en cuenta que la finalidad perseguida es precisamente la de evitar o minimizar los canales de influencia del ex servidor con las entidades a las que estuvieron vinculados o, de otra parte, los vínculos con los sujetos o empresas que fueron objeto de manera concreta del control, vigilancia, inspección o regulación durante el ejercicio de sus responsabilidades públicas.

Para el caso concreto, esta Dirección considera que si el ex empleado público del nivel directivo conoció en ejercicio de sus funciones en el cargo, un asunto concreto, no podrá actuar a título particular prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto o tema en contra de la entidad en la cual laboraba, en forma indefinida en el tiempo.

Se considera que dicha restricción 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.

Ahora bien, con respecto a la inhabilidad para ex empleados públicos contraten con el Estado, la Ley 1474 de 2011 adicionó el literal f) al numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993², en el siguiente sentido:

“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

“ARTÍCULO 4. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Con respecto a la normativa anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-257 de 2013, antes mencionada, sobre el tema, determinó:

“(…) Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro. (...)

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos. (...)

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones

públicas que desempeñó”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos puedan tener con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Es claro que las personas cobijadas por la inhabilidad tienen la capacidad de incidir de manera directa con sus decisiones como servidores públicos en el entorno del sector económico en el cual luego aspiran a desarrollar el objeto de futuros contratos en la entidad en la cual fingieron como directivos.

En ese sentido, es razonable establecer una inhabilidad para que aquel ex servidor público que tuvo la condición de directivo o representante legal de una entidad celebre un contrato con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Conforme con la normativa expuesta, la inhabilidad prevista en el Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 para contratar se aplica únicamente respecto de la entidad, organismo o corporación en la cual el ex servidor prestó sus servicios ocupando cargos del nivel directivo. Igualmente la inhabilidad prevista

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, existirá impedimento para que un ex servidor público del nivel directivo (secretario de obras y servicios públicos) contrate con la misma entidad pública en la cual trabajó, por un término de dos años, directa o indirectamente (como en el caso de un consorcio del cual hace parte la empresa de la cual es representante legal) siempre que el contrato sea en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que tuvo el ex servidor público. Cabe anotar que esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Por último, me permito indicarle que, 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.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. “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”.
2. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:14:18