



Concepto 338091 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000338091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000338091

Fecha: 14/09/2021 03:55:44 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Inhabilidad de servidor público de Comisión Reguladora para ingresar a Ecopetrol u otras entidades públicas. RAD. 20212060578322 del 12 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si siendo Asesora Grado 17 en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, consulta, podría trabajar en una empresa cuya parte de la actividad está bajo el régimen de la CREG, por ejemplo, Ecopetrol S.A., en alguna sección que no esté bajo la regulación de la CREG, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 142 de 1994, “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”,

“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 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 específica inhabilidad, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: César Hoyos Salazar, en su concepto con Radicado No. 1114 de 16 de julio de 1998, efectuó el siguiente análisis:

“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.

La incompatibilidad se hace extensiva al cónyuge o compañero permanente de dichos ex empleados, y a sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La norma añade que tales personas conservan, lógicamente, su derecho de petición frente a las Comisiones de Regulación y la Superintendencia y además, pueden hacer observaciones y dar informaciones respecto de las decisiones que se tomen en esas entidades o de los proyectos de decisiones que les sean consultados, dado que son personas conocedoras del tema.

La consulta tiende a clarificar si la inhabilidad se aplica con referencia 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.

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.

(...)

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".

2. LA SALA RESPONDE:

La inhabilidad establecida en el numeral 2 del Artículo 44 de la ley 142 de 1994, en las hipótesis allí contempladas, tiene aplicación únicamente cuando la Comisión de Regulación o la Delegada de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, correspondan a los mismos servicios públicos prestados por la empresa de la cual se haya desvinculado la persona o a la cual pretenda prestar servicios."

Como se aprecia, y en lo que tiene que ver con la prohibición contenida en el Artículo 44.2 de la ley 142, la norma no hace diferencia respecto a la clase de empleado que prestó sus servicios en las comisiones o en la Superintendencia de Servicios Públicos, así como tampoco sobre las funciones que desempeñaba en la entidad pública quien pretende vincularse a una empresa del sector privado. No obstante, el Consejo de Estado en el concepto citado incluye a los empleados de las entidades públicas citadas, haciendo claridad que la prohibición debe entenderse respecto al área de trabajo que se tuvo en aquellas. En uno de los ejemplos expuestos en el concepto del Consejo de Estado, afirma que "... 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."

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, trabaja en un empleo del nivel Asesor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. En el caso de ECOPEPETROL, ésta empresa tiene como objetivo la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, pero no es una empresa que preste servicios públicos. Por tal razón, la inhabilidad prevista en el Artículo 44.2 de la ley 142 de 1994, no es aplicable en el caso específico.

Ahora bien, respecto a otras entidades, corresponderá a la consultante analizar si el cargo que ejerce pertenece o no al área de trabajo de la empresa de servicios públicos donde pretende prestar sus servicios. Si considera que efectivamente existe una identidad en las áreas de trabajo, tendrá aplicación la prohibición contenida en el Artículo 44.2 de la ley 142 de 1994 y, en tal virtud, no podrá acceder al cargo en Ecopetrol sino pasado un año de su retiro de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

De otra parte, respecto a las prohibiciones para los 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, lo siguiente:

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

(...)

22. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> 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."

De acuerdo con el texto legal citado, un empleado no podrá prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios. Tampoco podrá prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que está vinculado. Esta prohibición presenta dos posibilidades:

1. Cuando se trata de asuntos concretos de los cuales el servidor conoce o 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). En este caso, la prohibición de asistir, asesora o representar es indefinida.
2. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios.

Debe aclararse que estas prohibiciones están referidas a la asistencia, representación o asesoría en ejercicio de profesiones liberales. Esto significa que la prohibición no tendrá aplicación cuando el ex servidor se vincule como servidor público en otra entidad del estado, salvo en la prohibición contenida en el Artículo 44.2 de la Ley 142.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la limitante descrita en el Artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994, debe entenderse respecto al área de trabajo en la que prestó sus servicios en la Comisión Reguladora. Si en su criterio, el área de trabajo coincide con las labores que desempeñan en la entidad privada donde pretende vincularse, deberá esperar un año desde su retiro del servicio para ingresar a esta última como empleado.

En cuanto a la prohibición de los ex empleados contenida en el Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, está referida a las asesorías, asistencia o representación como actividad profesional independiente, siendo inaplicable en el caso que se vincule en otra entidad pública, salvo la prohibición contenida en el Artículo 44.2 de la Ley 142.

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

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:07