



Concepto 374001 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000374001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000374001

Fecha: 12/10/2021 04:50:51 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que una persona que laboraba como trabajadora oficial, casi un año después una empresa privada la contrate para asesorar a otras entidades y posiblemente a la misma empresa a la cual renunció? Radicado 20219000631522 del 20 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que una persona que laboraba como trabajadora oficial, casi un año después una empresa privada la contrate para asesorar a otras entidades y posiblemente a la misma empresa a la cual renunció, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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; de ahí que las inhabilidades estén expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación sea restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así las cosas, respecto a las prohibiciones para los ex servidores públicos, tenemos que la Ley 734 de 2002², determina en su Artículo 35, modificado por el Artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 lo siguiente:

“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.” (Subrayado por fuera del texto original).

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". (Subrayado por fuera del texto original).

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.

Ahora bien, conforme al mandato constitucional los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, debiendo en consecuencia, ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y siendo responsable por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones:

"ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

(...)

"ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

(...)

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)"(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Cabe recordar que los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

De acuerdo a lo anteriormente analizado, y atendiendo a la finalidad impartida por las prohibiciones de la Ley 1474 de 2011, y el sentido de las mismas reiterado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-257 de 2013, en criterio de esta Dirección Jurídica el Artículo 3º de la Ley 1474 de 2011 se predica también para los trabajadores oficiales, al hacer parte del concepto genérico de servidores públicos; prohibiciones que se instituyeron como respuesta a una política pública de Estado que busca la salvaguarda de la función administrativa y la efectividad de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, cuya transgresión es sancionable de acuerdo a la ley por constituir un quebranto directo de la Constitución Política.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, podemos concluir que un ex trabajador oficial tendrá dos prohibiciones respecto a los servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba, así:

- 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.

- A personas naturales o jurídicas que estuvieron sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad donde prestó sus servicios. Si como servidor conoció del asunto, la prohibición será por tiempo indefinido.

Es decir, que no resultará viable que un ex trabajador oficial asesore a la misma empresa en la cual trabajaba, en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñó, durante los dos años siguientes a su retiro.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

2. "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único". <NOTA DE VIGENCIA: Ley derogada, a partir del 29 de marzo de 2022, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, salvo el Artículo 30 que continúa vigente hasta el del 28 de diciembre de 2023>.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:50:31