



Concepto 451661 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000451661

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000451661

Fecha: 17/12/2021 10:03:08 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Para desempeñarse como perito en procesos judiciales en relación con las funciones del cargo que ejerce. RAD.: 20219000705532 del 17 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe inhabilidad o incompatibilidad para que una persona que se desempeña como empleada pública en el INPEC pueda ejercer como perito en psicología forense en procesos judiciales en el área penal, en relación con las funciones que desarrolla como servidora pública, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales en materia de régimen de administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o si las conductas de los servidores públicos está ajustada a derecho, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, la Constitución Política establece:

"ARTÍCULO. 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.

(...)" (Destacado nuestro)

De otra parte, sobre la naturaleza de los Auxiliares de la Justicia, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, señala:

"ARTÍCULO 47. NATURALEZA DE LOS CARGOS. Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.

Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio y no podrán gravar en exceso a quienes acceden a la administración de justicia."

A su vez, el Acuerdo 1518 de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, "Por medio del cual se establece el régimen y los honorarios de los auxiliares de la justicia" señala:

"ARTÍCULO 1. CARÁCTER DEL SERVICIO. Los auxiliares de la justicia prestan colaboración en el ejercicio de la función judicial.

(...)

ARTÍCULO 3. NATURALEZA DE LOS CARGOS. Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben desempeñar personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación, incuestionable imparcialidad, versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, con título profesional, tecnológico o técnico legalmente expedido.

(...)"

ARTÍCULO 35. Honorarios. Los honorarios de los auxiliares de la justicia constituyen una equitativa retribución del servicio público encomendado y no podrán gravar en exceso a quienes solicitan se les dispense justicia por parte de la Rama Judicial." (Subrayado nuestro)

Respecto a la naturaleza del cargo de auxiliar de la justicia, la Corte Constitucional en sentencia C-798 de 2003, concluyó:

"De una parte, los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Además, los auxiliares de la justicia no tienen un vínculo laboral con el Estado sino que son particulares que cumplen transitoriamente funciones públicas, sujetos a un régimen de impedimentos y recusaciones como el señalado en el artículo 22 del Decreto 2265 de 1969 o el artículo 235 del Código de Procedimiento Civil." (Subrayado nuestro)

Así mismo, mediante concepto del 26 de marzo de 2007² de la Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, sobre un tema similar, indicó

El carácter ocasional y temporal de la actividad que realizan los peritos como auxiliares de la administración o de la justicia, así como, la inexistencia de vínculo laboral con el Estado, permiten concluir que aunque en el ejercicio de su encargo, éstos desarrollen función pública, no por ello se puede afirmar que los peritos desempeñan un empleo público. (...) En cuanto a los honorarios que perciben los peritos cuando actúan como auxiliares de la justicia, advierte la Sala que, por regla general, éstos forman parte de las costas del proceso y no están a cargo del Estado, de ahí que el artículo 9º del C.P.C. disponga que los mismos "constituyen una equitativa retribución del servicio, y no podrán gravar en exceso a quienes solicitan que se les dispense justicia por parte del poder público." Teniendo en cuenta, que la actividad de los peritos tiene el carácter de oficio y no de empleo público y que los recursos que éstos perciben a título de honorario no provienen del tesoro público, sino de particulares, considera esta Sala que cuando un servidor público emite conceptos técnicos y dictámenes periciales a fin de colaborar con la administración de justicia, no incurre en la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia transcritas, los auxiliares de la justicia desarrollan oficios públicos ocasionales, prestan colaboración en el ejercicio de la función judicial con idoneidad y experiencia en cada materia, y cuyos servicios deben ser retribuidos por unos honorarios equitativos.

De lo anterior se tiene entonces que, los auxiliares de la justicia no tienen en carácter de servidores públicos, solamente realizan oficios públicos por los cuales perciben honorarios, tal como lo señala el artículo 35 del acuerdo 1518 de 2002 del Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, como en los supuestos de hecho de su consulta indica que se trata de un servidor público, es importante señalar que la Constitución Política establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

ARTÍCULO. 128 Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, ni celebrar por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Con respecto al régimen disciplinario de los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

"ARTÍCULO 34. Los deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

(...)

8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho.

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.”

(...)

22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

(...)” (Destacado fuera del texto)

ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. (Subrayado nuestro)

En virtud del Código Único Disciplinario es deber de todo servidor público dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo para el desempeño de las funciones encomendadas, desempeñar el empleo y las respectivas funciones sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho, y entre otros, utilizar de manera adecuada los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función.

Así mismo se recuerda que, en virtud del artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, es decir que los mismos cumplirán sus funciones de conformidad con la Constitución y la ley, ésta puede establecer, por vía de excepción, los casos en que pueden actuar como peritos y percibir honorarios de particulares.

En consecuencia, si como servidor público, recibe remuneración adicional del erario público o tiene vinculación adicional con el Estado al ser auxiliar de la justicia o perito de entidades públicas, incurriría entonces en la incompatibilidad señalada. Sí, por el contrario, no recibe remuneración adicional de entidades públicas, se considera que podría ser auxiliar de la justicia o perito de entidades privadas o de particulares, siempre y cuando dichas actividades no las realice en horas laborables, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como servidor público.

En ese sentido, y en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay impedimento para que un servidor público (distinto de los abogados³), pueda percibir honorarios de trabajos particulares con entidades privadas, o de particulares, siempre y cuando sus servicios los preste fuera de su jornada laboral. Así mismo se recuerda que, como servidor público no podrá hacer uso indebido de los bienes de la entidad para los trabajos o labores particulares.

Al margen de lo anterior, debe recordarse que frente a la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados, el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en el siguiente sentido:

“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.” (Destacado nuestro)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el inciso 1 del

artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, donde se señaló lo siguiente:

“Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar 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: (P2)

(...)

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.” (Destacado nuestro)

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros pueden 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 Dirección Jurídica considera que la prohibición solamente aplicaría para que el ex servidor preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, 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.

Es decir, de conformidad con lo estipulado por la Corte Constitucional, las prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 se destinan única y exclusivamente respecto de los 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, o aquellos que estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad al que se haya estado vinculado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00007-00(1804)
3. Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:24