



Función Pública

Concepto 060721 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000060721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000060721

Fecha: 03/02/2022 05:13:24 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Servidor público - Inhabilidad para nombrar a ex jefe de control interno - RADICACIÓN: 20229000040822 del 21 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sí: "(...) existe o no inhabilidad o impedimento legal para contrato laboral de planta a una persona que fungió como Jefe de Control Interno en el periodo inmediatamente anterior en un cargo como profesional de la Oficina de Control Interno en la misma entidad", me permito manifestar lo siguiente:

Este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos o de elementos salariales y prestacionales; tampoco funge como ente de control, no es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, así como tampoco le compete determinar si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Con respecto 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." (Subrayado y negrilla nuestra)

De acuerdo a lo anterior, la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados consiste en que no podrán 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.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación mediante fallo No. 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, señaló:

“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 si 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”. (Subrayado fuera de texto)

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 de algunas funciones, cargos o actividades privadas que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, tal 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.

Esta 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.

Se considera que dicha restricción no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público (mediante una relación legal y reglamentaria) o trabajador oficial o privado (contrato laboral) en otra entidad estatal, por cuanto en ella no se está ante un ejercicio de funciones, cargos o actividades privadas, sino ante el desempeño de una función pública.

De otra parte, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

“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.” (Destacado fuera del texto)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 de 2013, resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

“4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

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 de 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.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado nuestro)

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 lo explica esa Corporación, 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.

Lo anterior toda vez 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 fungieron como directivos.

Así las cosas, como quiera que las prohibiciones señaladas en los artículos 3 y 4 de la Ley 1474 de 2011 que modificaron los artículos de la Ley 80 de 1993 están encaminadas a restringir la contratación y la gestión de intereses privados, se considera que dichas restricciones no aplicarían para una nueva vinculación laboral como empleado público (mediante una relación legal y reglamentaria) o trabajador oficial o privado (contrato laboral) en la misma o en otra entidad estatal, por cuanto en ella no se está ante un ejercicio de funciones, cargos o actividades privadas, sino ante el desempeño de una función pública.

En consecuencia, una vez adelantada una revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, esta Dirección Jurídica considera que no hay impedimento para que el ex Jefe de Control Interno sea nombrado como profesional de la Oficina de Control Interno en la misma entidad, siempre y cuando cumpla con los requisitos para ejercer el cargo.

No obstante, si eventualmente resulta nombrado en el cargo de profesional deberá tener en cuenta las disposiciones relacionadas con conflicto de interés consagradas en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 y artículos 11 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, cuando en el ejercicio del cargo deba actuar en asuntos en los cuales tuvo injerencia y ejerció en su calidad de jefe de control interno, caso en el cual deberá declararse impedido so pena de ser recusado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. «Por la cual se expide el Código Disciplinario Único»

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:20:34