



Concepto 086881 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000086881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000086881

Fecha: 02/03/2022 10:43:27 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público a cargo Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) - RADICADO: 20222060082162 del 14 de febrero de 2022 - Radicado Ministerio: No. 2-2022-002230

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

"1. ¿Es dable entender que la expresión "no podrá prestar servicios" de la que trata el artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994 se refiere a la prohibición de suscribir contratos para la prestación de servicios profesionales, de tal forma que la inhabilidad no aplica para quienes se vinculen a la CREG en calidad de expertos comisionados?"

El numeral 2 del artículo 44 de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente:

"44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o 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 inhabilidad, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, en el concepto No. 1114 el 16 de julio de 1998, se pronunció en los siguientes términos:

"1.2. La inhabilidad establecida por el numeral 2 del artículo 44 de la ley 142 de 1994. La ley 142 de 1994 que estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, señaló varias inhabilidades e incompatibilidades específicas para el campo de las Empresas de Servicios Públicos, las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(...)

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 44 de la mencionada ley, estableció una incompatibilidad que se aplica en dos sentidos:

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.

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.

(...)

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.

Sobre este aspecto de la finalidad de las inhabilidades como criterio de interpretación de éstas, es particularmente ilustrativa la sentencia C-147 del 22 de abril de 1998 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el literal c) del artículo 6 de la ley 330 de 1996, en el sentido de que la inhabilidad para ser elegido Contralor departamental, aplicable a quien "durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental", se refiere al mismo departamento y no a otro.

Expresó la Corte: "Este criterio sistemático se confirma si tenemos en cuenta la finalidad de esa inhabilidad, que es, como ya se señaló, impedir que una persona utilice su cargo para hacerse elegir contralor departamental, o que, la persona electa a esa función resulte controlando sus actuaciones precedentes como servidor público".

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". (Se subraya)".

Del texto legal y del concepto citado, se infiere que la inhabilidad está dirigida a quien haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos y dentro del año siguiente a su desvinculación de esta última, pretenda prestar sus servicios, sin importar la modalidad de dicha prestación, a una entidad que era vigilada por su antigua empresa, o viceversa.

Así entonces, la inhabilidad contenida en el artículo 44.2 de la Ley 142 incluye en la prohibición la vinculación como servidor público en las Comisiones de Regulación o en la Superintendencia de Servicios Públicos.

Teniendo en cuenta que el nombramiento de servidores públicos en juntas directivas de empresas de servicios públicos (con participación de la Nación), se hace con el fin de que los servidores representen los intereses de la Nación y por lo tanto, su participación en dichas juntas supone el desempeño de funciones públicas, ¿la inhabilidad o incompatibilidad de la que trata el artículo 44.2, aplica para ex-servidores que hayan sido miembros de junta directiva de una empresa de servicios públicos con participación pública?

Para dar respuesta a esta consulta, se considera necesario hacer referencia a la finalidad de la inhabilidad consagrada en el artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto 114 del 16 de Julio de 1998, señaló:

“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.”

Con base en lo anterior, se tiene que la finalidad de la norma es evitar “el conflicto de intereses” e impedir la posibilidad de que la persona que se pretenda vincular a alguna Comisión de Regulación o a la Superintendencia de Servicios Públicos favorezca, debido a su vinculación, a la empresa en la que sirvió. En línea con este argumento, se considera procedente analizar el alcance del interés que podría tener un servidor público cuando interviene, en esta calidad, como miembro de junta directiva de una empresa de servicios públicos.

Para el efecto, es importante resaltar que en algunos casos la Nación, a través de algún ministerio, puede tener participación accionaria en entidades prestadoras de servicios públicos. Así, el ordenamiento jurídico contempla diferentes disposiciones, como es el caso del artículo 24 de la Ley 819 de 2003, reglamentado por el Decreto 2968 de 2003, que señalan:

“ARTÍCULO 24, Ley 819 de 2003: Representación de los intereses de la nación en empresas de servicios públicos domiciliarios. En las asambleas y juntas directivas de las empresas de servicios públicos en las cuales la Nación tenga participación accionaria, los intereses de la Nación serán representados por funcionarios de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Estos funcionarios deberán rendir informes sobre las decisiones en las que hubieran participado cuando le sean solicitados por el Ministro.”

“ARTÍCULO 2. Decreto 2968 de 2003: En la composición de las juntas directivas de las empresas de servicios públicos domiciliarios deberá participar, por lo menos, un funcionario de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con su respectivo suplente designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 819 de 2003, en concordancia con lo establecido en los artículos 434 del Código de Comercio y 19.16 de la Ley 142 de 1993.”

Esta participación en las juntas directivas opera, en nuestro concepto, porque bien es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (artículo 365 de la Constitución Política), directa o indirectamente en empresas de servicios públicos, o porque, en dichas entidades, especialmente las de naturaleza oficial o mixta, se encuentran invertidos recursos públicos cuya gestión deben ser representada conforme a los intereses, no privados, sino de gestión y servicio público. En este sentido, los servidores públicos, miembros de juntas directivas de empresas de servicios públicos, intervienen en estos órganos de administración con el fin de representar los intereses públicos que son inherentes a la finalidad social del Estado, de tal forma que sus intervenciones, decisiones y la actividad relacionada con la junta directiva, se hace en el desempeño de funciones públicas y en este orden de ideas, con un interés público.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la junta directiva es un órgano de administración que no tiene funciones permanentes, sino periódicas y ocasionales, siendo que, para el caso de servidores públicos que integren dicho cuerpo colegiado, se entiende que los mismos “(...) cumplen funciones públicas de modo permanente, no por su pertenencia a la junta o consejo, sino en virtud de los respectivos cargos que ejerzan previamente (ministro, viceministro, director de departamento administrativo, presidente de una entidad descentralizada etc.)”. Así mismo, este Departamento Administrativo, mediante concepto 045001 de 2020 señaló:

“Es decir que, cuando un empleado público ejerce como delegado designado de una entidad u organismo, se entiende que su representación se encuentra conforme a la Constitución y la Ley, que las funciones a él delegadas se desarrollan en servicio a los intereses generales de la entidad y la actuación de aquel, dentro de los consejos o juntas directivas, se lleva a cabo con carácter institucional y no personal.”

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, cuando un funcionario actúa en nombre y representación de la entidad como miembro de una junta directiva, en virtud de una ley, reglamento o estatuto, no se configura la inhabilidad de la que trata el artículo 44.2 de la Ley 142 de 1994, en razón a que su participación como miembro de junta directiva atiende a los intereses generales de la entidad y del Estado, y no en beneficio privado o corporativo, razón por la cual no podría predicarse un eventual favorecimiento a las señaladas empresas y con ello un conflicto de intereses.

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 y aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 2019. C.P. Álvaro Namén Vargas. Exp. 11001030600020180023300.

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