



Concepto 139861 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000139861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000139861

Fecha: 06/04/2022 07:09:38 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES de un Congresista de Incompatibilidades Ex congresista para brindar asesoría y contratar - RADICADO: 2022060138012 del 24 de marzo de 2022

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita "(...) concepto relacionado con las posibles inhabilidades o incompatibilidades para los ex-congresistas que ofrezcan servicios jurídicos o de asesorías a entidades del orden nacional o territorial después de haber sido Representantes o Senadores. O si existe alguna inhabilidad para contratar con el Estado una vez dejen de ser funcionarios públicos de elección popular", me permito manifestar lo siguiente:

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 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; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas 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. Al respecto, con relación a las incompatibilidades para ser Congresista, la Constitución Política señala:

ARTICULO 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. 3 de 1993. El nuevo texto del numeral es el siguiente:> Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARAGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO 2o. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTICULO 181. Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión.
(Negrilla y subrayas fuera del texto)

En igual sentido, la Ley 5 de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, estableció:

ARTÍCULO 281. CONCEPTO DE INCOMPATIBILIDAD. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función.

ARTÍCULO 282. MANIFESTACIONES DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Los Congresistas no pueden:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por si o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste.

ARTÍCULO 283. EXCEPCIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

1. Ejercer la cátedra universitaria.
2. Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera permanente, o sus padres, o sus hijos.
3. Formular reclamos por el cobro de impuestos fiscales o parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas.
4. Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.
5. Dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.
6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales.
- 7.
8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana.
9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.
10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita.
11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas.

12. Pertener a organizaciones cívicas y comunitarias.

13. Las demás que establezca la ley.

ARTÍCULO 284. VIGENCIA DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. (Destacado nuestro)

De acuerdo al artículo 180 de la Constitución Política y el artículo 282 de la Ley 5 de 1992, los congresistas no podrán, entre otras incompatibilidades, gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, así como tampoco, podrán celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos.

Dichas incompatibilidades tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior,

Así las cosas, una vez culminado el periodo constitucional, los Congresistas no se encuentran incurso en las incompatibilidades previstas en la Constitución y la ley.

Ahora bien, adicionalmente es importante mencionar que, Ley 1828 de 2017 “Por medio de la cual se expide el código de ética y disciplinario del congresista y se dictan otras disposiciones”, señala:

ARTÍCULO 3. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.

Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.

La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan.

ARTÍCULO 5°. Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento.

ARTÍCULO 9. Conductas sancionables. Además de las consagradas en la Constitución Política, el Reglamento del Congreso y otras normas especiales, a los Congresistas no les está permitido:

a) Ejecutar actos que afecten la moralidad pública del Congreso; la dignidad y buen nombre de los Congresistas, en la función congresional.

b) Abandonar la labor que le ha sido encomendada en desarrollo de la función legislativa, salvo circunstancias que justifiquen su actuación.

c) Faltar sin justificación a 3 sesiones de Plenaria y/o Comisión, en un mismo período en las que se voten proyectos de Acto Legislativo, de Ley, Mociones de Censura o se realicen debates de control político.

d) Asistir a las sesiones del Congreso en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias psicoactivas.

e) Incumplir sin justificación, el plazo o prórroga para rendir ponencia, de conformidad con el artículo 153 del Reglamento.

Las Gacetas del Congreso deberán reportar mensualmente: fecha de radicación de los proyectos de ley, fecha de asignación de ponente y fecha límite en la cual se debe radicar la ponencia.

f) Desconocer los derechos de autor o hacer uso indebido de los mismos, contrariando las disposiciones internas y tratados internacionales vigentes.

g) Realizar actos que obstaculicen las investigaciones que adelantan las Comisiones de Ética de cada Cámara.

h) Dar al personal de seguridad asignado por la fuerza pública o entidades respectivas, funciones diferentes

a las de protección ordenadas.

i) Solicitar preferencia al realizar trámites y/o solicitar servicios, en nombre propio o de familiares ante entidades públicas o privadas, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política y el Reglamento del Congreso” (Destacado nuestro)

El código de ética y disciplinario del congresista se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios. Por su parte, señala dicho código que, la Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan.

Así mismo indica que, en la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en el Código - Ley 1828 de 2017 y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y en el Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del código de ética y disciplinario del congresista.

Así las cosas, como quiera que al revisar la Ley 1828 de 2017, no se encontraron disposiciones relacionadas con las prohibiciones después de la dejación del cargo, se hace necesario indagar lo que la Ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”, dispuso sobre el particular. Al respecto, señaló:

ARTICULO 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en esta ley.

(...)

ARTÍCULO 56. FALTAS RELACIONADAS CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES, INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS Y CONFLICTOS DE INTERESES.

4. 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 un (1) año 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 organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público 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 existen sujetos claramente determinados.” (Subrayado y negrilla nuestra)

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, que modificaba el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, anterior código disciplinario, y señaló lo siguiente:

“(…) - Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los exservidores 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)

. - En relación con la finalidad, la utilidad y la necesidad de las medidas objeto de análisis ya se pronunció la Corte en la citada sentencia C-893 de 2003.

(...)

Lo que la Corte debe hacer en este caso, dado el grado de libertad que se reconoce al legislador en esta materia, es un control de excesos y, desde esa perspectiva, lo que encuentra es que la medida sub-examine no es manifiestamente innecesaria.

En efecto:

El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.

Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución política, pues como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte en la sentencia C-893 de 2003, que le sirvió de guía y fundamento en esta oportunidad al legislador, responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas.

Se reitera en esta oportunidad que la decisión del legislador en este punto resulta perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan la función pública de los cuales surge la necesidad de establecer una clara separación entre los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas.

(...)

En el examen de la proporcionalidad de la norma debe considerarse que esas restricciones y el plazo de su vigencia, se afianzan constitucionalmente también en los derechos que los ciudadanos tienen a que la función pública se cumpla en los términos que la Carta establece, es decir a que el poder que entraña dicha función sea reglado, limitado, transparente, imparcial e igual para todos, principios y fines que no se lograrían cabalmente si no se establecen las restricciones señaladas con el contenido material y por el término previstos en las normas demandadas.

(...)

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1. 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)

De acuerdo con lo anteriormente indicado por la Corte Constitucional, la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 del anterior código disciplinario, disposición replicada ahora en el artículo 56, numeral 4 de la Ley 1952 de 2019, 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 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 un (1) año 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.

De conformidad con lo anterior, los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar a las entidades en las cuales estuvieron vinculados o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos diferentes 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.

En consecuencia, corresponderá al interesado verificar si para el caso particular de su consulta, el prestar "servicios jurídicos o de asesorías a entidades del orden nacional o territorial" se enmarca dentro de la prohibición indicada en el presente escrito.

Por último, es importante señalar que en caso de requerir mayor información en relación con temas relacionados con la contratación estatal, podrá dirigirse directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública [â€œ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE â€œ](#) para que de conformidad con las funciones del Decreto 4170 de 2011², se pronuncie sobre el particular.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública [â€œ Colombia Compra Eficiente â€œ](#), se determinan sus objetivos y estructura."

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:02:07