



Concepto 282481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000282481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000282481

Fecha: 03/08/2022 09:37:16 a.m.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex-Epleado Público. Ex empleado del nivel directivo para ser contratista. RAD.: 20222060391722 del 2 de agosto de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitido mediante oficio No. S-2022-250542, mediante la cual consulta si un ex empleado que se desempeñó recientemente en cargos del nivel directivo de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, se encuentra inhabilitado para celebrar un contrato con la Secretaría de Educación del Distrito, o la restricción de ley sólo aplica para la entidad a la cual prestó sus servicios, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 80 de 1993¹, establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. (...)

2). Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (...)”

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hayan desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

En ese sentido, los ex empleados del nivel directivo y asesor se encuentran inhabilitados para suscribir contratos con la respectiva entidad durante un año siguiente a su retiro.

Por otro lado, frente a la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados, la Ley 1952 de 2019, por la cual se expide el Código General Disciplinario, señala:

“ARTICULO 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

(...)

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 presto 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.” (Destacado nuestro)

En ese sentido, el ex empleado público, no debe prestar a título particular 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 año después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en donde prestó sus servicios. Tampoco podrá prestar 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, incompatibilidad que será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, 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, norma aplicable antes de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, misma que se refería a la limitación para prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo a los ex servidores públicos, 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 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, se 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 organismo al que se haya estado vinculado.

Es decir, de conformidad con lo estipulado por la Corte Constitucional, las prohibiciones referidas 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.

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.

Así las cosas, refiriéndonos de manera particular a su interrogante, se precisa que, de conformidad con lo señalado en la ley y la jurisprudencia, el ex servidor público no podrá asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, a quienes tengan intereses particulares, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, toda vez que tal conducta se vulnera el derecho que tienen los ciudadanos a que la función pública se cumpla de forma reglada, limitada, transparente, imparcial e igual para todos, principios y fines que no se lograrían cabalmente si no se establecen las restricciones señaladas en la Ley.

Por el contrario, éste podrá prestar servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos diferentes a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñó durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva, toda vez que con ello no se vulnera la prohibición legal establecida en el numeral 4 del artículo 56 de la Ley 1952 de 2019, la cual, como se indicó previamente, pretende evitar que quienes tienen intereses particulares respecto de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tuvo el servidor público, la utilicen para su propio provecho, lo que se constituiría un privilegio no autorizado por la ley.

Así mismo se considera que no existe inhabilidad para que el ex servidor público suscriba un contrato de prestación de servicios con una entidad diferente a la que estuvo vinculado, en los términos de la prohibición establecida en la Ley 80 de 1993, analizada previamente.

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 <https://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: Maia Borja.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:20:35