



## Concepto 016231 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000016231\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000016231

Fecha: 18/01/2023 08:56:52 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Empleado Público. Ex Empleado Público. Ex empleado público para ser contratista o empleado. RAD.: 20232060023392 del 12 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual formula varios interrogantes en relación con las inhabilidades para contratar de quienes fueron servidores públicos de una contraloría departamental, vinculados en los niveles directivo, asesor, profesional, técnico o asistencial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

*"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*

*(...)*

2). *<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

*a. 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.*

*(...)*

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 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.

Con base en las anteriores consideraciones, damos respuesta a sus inquietudes así:

1. Respecto de sus interrogantes 1 y 3, se precisa que los ex empleados del nivel directivo se encuentran inhabilitados para suscribir contratos con la respectiva entidad durante un año siguiente a su retiro. Por el contrario, no existe prohibición para que estos ex servidores suscriban contratos de prestación de servicios con entidades del mismo sector administrativo o de otro.
2. En cuanto a los empleados del nivel asesor, se infiere de la normativa y la jurisprudencia expuesta en este concepto que los ex empleados de dicho nivel se encuentran inhabilitados para suscribir contratos con la respectiva entidad durante un año siguiente a su retiro, sin que sea relevante el tipo de nombramiento mediante el cual hayan estado vinculados a la misma. Por el contrario, no existe prohibición para que éstos

suscriban contratos de prestación de servicios con entidades del mismo sector administrativo o de otro.

3. Finalmente, en lo que atañe a los empleados de los niveles profesional, técnico y asistencial, debe aclararse que, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. En este sentido y atendiendo lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se infiere que no existe prohibición para que los ex empleados de los niveles profesional, técnico y asistencial, una vez se retiren del servicio, puedan suscribir contratos de prestación de servicios con la entidad en la que estuvieron vinculados o con cualquier otra entidad pública diferente, toda vez que no está prevista una limitación legal en ese sentido.

Por otra parte, en relación con su segundo interrogante, se reitera que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>2</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).*

Conforme con lo anterior, al ser las inhabilidades restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, cuya interpretación es restrictiva, se infiere que, para el caso que nos ocupa, revisadas las disposiciones sobre inhabilidades e incompatibilidades comunes a todos los servidores públicos, se observa que no se presenta ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que quien una vez se retire del cargo como empleado en una contraloría departamental pueda volver a vincularse en la misma entidad o en otra, siempre y cuando su vinculación se produzca mediante una relación legal y reglamentaria y cumpla con los requisitos para el ejercicio del empleo.

Al margen de lo anterior, en caso de presentarse un conflicto de interés por la anterior situación, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019<sup>4</sup>, en concordancia con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, según los cuales, cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido.

En consecuencia, en caso de presentarse un conflicto de interés cuando en el ejercicio del nuevo empleo deba actuar en asuntos en los cuales tuvo injerencia y ejerció en su calidad empleado de la contraloría departamental, deberá declararse impedido.

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 y 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.

2 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 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.

*Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:59:01*