



Concepto 286631 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

**20236000286631*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000286631

Fecha: 10/07/2023 03:34:00 p.m.

Bogotá, D.C.

REFERENCIA: Tema: Inhabilidades e incompatibilidades Subtema: Conflictos de interés RADICACIÓN: 20239000596512 del 5 de junio de 2023

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre las inhabilidades de un ex servidor público que fue director técnico de urbanismo municipal para radicar y tramitar solicitudes de licencias de construcción del mismo municipio, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera importante tener en cuenta que frente al particular la Ley 1952 de 2019¹ determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 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...”

De acuerdo con la norma transcrita, con la expedición de la Ley 1952 de 2019, se modificó la inhabilidad en relación con el tema objeto de su consulta, en adelante existe prohibición para 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.

Igualmente, existe prohibición encaminada a 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.

Es importante señalar que el antiguo texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Señaló igualmente, que será de un (1) año en los demás casos, 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.

En la sentencia citada la Corte Constitucional, preceptuó lo siguiente:

“4.4. Dentro de este contexto, 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.

Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

4.5. Ahora bien, en este caso, la actora reprocha la prohibición a todo servidor público de incurrir o permitir que se incurra en la incompatibilidad de prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, que se prolonga por el término de un año a partir de la dejación del mismo, pues considera que esta prohibición viola los derechos a la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26) y la vigencia de un orden justo, por cuanto, según su concepto se impone obligaciones de servidor público a una persona que ya no está vinculada con la administración.

Para la Procuraduría no hay tal violación, por el contrario, se está frente a una carga impuesta al servidor público que justifica su previsión por el legislador para evitar que el interés público se vea menoscabado por los de tipo privado, lo que explica la prolongación en el tiempo.

Igualmente, el interviniente del Ministerio del Interior y de Justicia, consideró que la norma no se aparta de los postulados constitucionales que rigen lo concerniente al derecho al trabajo, el poder público disciplinario y la responsabilidad de los particulares frente al Estado.

4.6. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

En ese orden de ideas, la adopción por el legislador de un régimen específico de incompatibilidades y el establecimiento de prohibiciones a los servidores públicos para que queden separados de manera nítida los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas, resulta plenamente acorde con los principios que informan el Estado de Derecho, entre los cuales es de su esencia que la función pública se realice dándole eficacia a los principios que para ella señala el artículo 209 de la Constitución.

En efecto, quienes no son servidores del Estado, se encuentran asistidos por el derecho a que las funciones públicas se realicen conforme a la Constitución y a la ley y, con mayor razón, tal derecho se extiende a los propios servidores públicos. Es esa una garantía propia del Estado de Derecho, que se erige como una salvaguardia frente a la arbitrariedad, al capricho o a la discriminación no autorizada por la Constitución y la ley en el ejercicio de la función pública. Es una realización concreta del derecho a la igualdad frente a la ley, así como del principio de legalidad de los actos del Estado.

Del mismo modo, no es extraño a la Constitución, sino al contrario, característica del Estado de Derecho, que la función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, que ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo 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.

Desde luego, como corolario obligado de lo expuesto en precedencia, al Estado de Derecho le repugna que la función pública se ejerza con quebranto de la moralidad administrativa o que se dilate sin causa justificada, o que al realizarla no se cumpla con ella la finalidad propia del servicio público que, se repite, se ha instituido para la satisfacción del interés público o de los intereses particulares pero conforme a la ley

4.7. Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 según la cual a todos los servidores públicos les está prohibido "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", se ajusta a la Carta Política, conforme a las precisiones que a continuación se exponen:

4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador.

4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública.

4.7.4. Como puede apreciarse, conforme al texto mismo del artículo 35, numeral 22 de la ley 734 de 2002, la prohibición objeto de análisis, la hizo extensiva el legislador "a todo servidor público". Ello significa, entonces, que no es aplicable solo a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público en el sector central y en el descentralizado, sino también a los servidores de la rama judicial con respecto al Juzgado o Corporación de la que formaron parte como Magistrados, e igualmente a los servidores de la rama legislativa; y, por las mismas razones, en tal prohibición quedan comprendidos también los servidores públicos de la Organización Electoral, de la Defensoría del Pueblo, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación."

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, 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". (Subrayado fuera de texto).

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 6 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)

En la exposición de motivos del “Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se indicó:

“La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

a) En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...)”

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 privado de una profesión, actividad o función, que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, como lo señala la Procuraduría General de la Nación, esta prohibición evita que terceros se beneficien de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones poseía el servidor público y que podría ser utilizada al momento de actuar ante o en contra de los intereses de la entidad en la cual prestó sus servicios a favor propio o de un tercero, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

CONCLUSION

De acuerdo con lo expuesto, se considera viable concluir que con la expedición de la Ley 1952 de 2019, que derogó lo previsto en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, y numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, e adelante, el ex servidor público no podrá directa o indirectamente prestar, a título personal o de manera indirecta, 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.

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 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.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Borja

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹“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: 2024-12-11 18:29:58