

**Función Pública**

Concepto 387601 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000387601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000387601

Fecha: 26/10/2021 02:34:45 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de prestar Asesoría, asistencia o representación en la entidad donde labora. Ex servidor público puede ser vinculado laboralmente en otra entidad pública. RAD. 20212060642222 del 27 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que concepto sobre la presunta inhabilidad de un servidor público de la Contraloría General de la República quien ostenta el Cargo de Director Grado 03, para aceptar un cargo en la Empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. cuya marca es Afinia, la cual es una empresa prestadora del servicio de energía eléctrica filial del Grupo EPM que inicio operaciones el 1 de octubre de 2020. Aclara que el ejercicio de control comisionado por el señor Contralor General a la Contraloría Delegada para el Sector de Minas y Energía se adelantó mediante una Actuación Especial de Fiscalización que no recayó de manera integral sobre el sujeto de control EPM, sino sobre un objeto particular que fueron los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango, subrayando igualmente que para dicha fecha la Empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. cuya marca es Afinia, filial de EPM no existía, que la EPM ni su filial CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. ESP, son sujetos de control de la Contraloría Delegada para Minas y Energía y que la Actuación Especial de Fiscalización de control excepcional específicamente a los recursos del proyecto de generación Hidroituango, se hizo en cumplimiento de una instrucción específica del señor Contralor General de la República al Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía, frente a la que existía el deber de acatamiento dada su procedencia del superior jerárquico, y no porque haga parte de las funciones específicas de la Dirección tal como se concluye del contenido del Decreto 267 de 2000 y del manual de funciones específico de la CGR. Con base en la información precedente, consulta:

¿Al ser CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S ESP, una empresa filial del Grupo EPM, la cual no es sujeto de control de la Contraloría Delegada para el Sector de Minas y Energía, el Director de Vigilancia Fiscal de dicha Delegada para el momento de la Actuación Especial de Fiscalización de control excepcional que se adelantó específicamente a la inversión de los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango, estaría, por ese hecho, incurso en una causal de incompatibilidad o inhabilidad para aceptar un cargo como servidor público en la Empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S ESP?

¿Puede configurarse la inhabilidad o incompatibilidad aludida sabiendo que para la época en que la Delegada de Minas fue comisionada para adelantar la Actuación Especial de Fiscalización de Control Excepcional a la inversión de los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango, la empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S ESP, filial de EPM no existía, pues el mencionado control se adelantó en el año 2019 y esta última solo entro en operación en 2020?

¿Se puede predicar dicha inhabilidad o incompatibilidad en cabeza del Director de Vigilancia fiscal de la Delegada de Minas y Energía a

sabiendas que el Manual Específico de funciones de la CGR, establece como función directa del señor Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía, la de *Dirigir y adelantar* las Actuaciones Especiales de Fiscalización, entre otras, en los siguientes términos:

23. Dirigir y adelantar las actuaciones especiales de fiscalización en su respecto sector, conforme a la reglamentación que expida el Contralor General de la República.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a las prohibiciones para los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, determina en su artículo 35, modificado por el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, lo siguiente:

“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> 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 dos (2) años 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.

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 <sic> sujetos claramente determinados.”

De acuerdo con el texto legal citado, un empleado no podrá prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios. Tampoco podrá prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que está vinculado. Esta prohibición presenta dos posibilidades:

Cuando se trata de asuntos concretos de los cuales el servidor conoce o 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). En este caso, la prohibición de asistir, asesora o representar es indefinida.

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios.

No obstante, debe aclararse que esta limitación opera para quienes, habiendo sido servidores públicos, prestan, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría, prohibición que no es aplicable en el caso de una nueva vinculación como servidor público.

Como lo indica en su consulta, quienes labora en la empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, son servidores públicos a quienes se les aplica un régimen laboral diferente. En tal virtud, en caso de vincularse laboralmente a esa entidad, la prohibición señalada en el numeral 22 del

artículo 35 de la Ley 734 de 2002, no le será aplicable.

Ahora bien, las empresas de servicios públicos están sometidas a un régimen especial, contenido en la Ley 142 de 1994, “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Sobre las inhabilidades, esta norma indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. *Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades*. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades;

(...)

44.2 No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador 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 específica inhabilidad, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: César Hoyos Salazar, en su concepto con Radicado No. 1114 de 16 de julio de 1998, efectuó el siguiente análisis:

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

a. 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.

b. 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.

La incompatibilidad se hace extensiva al cónyuge o compañero permanente de dichos ex empleados, y a sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La norma añade que tales personas conservan, lógicamente, su derecho de petición frente a las Comisiones de Regulación y la Superintendencia y además, pueden hacer observaciones y dar informaciones respecto de las decisiones que se tomen en esas entidades o de los proyectos de decisiones que les sean consultados, dado que son personas conocedoras del tema.

La consulta tiende a clarificar si la inhabilidad se aplica con referencia 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.

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.

(...)

2. LA SALA RESPONDE:

La inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 142 de 1994, en las hipótesis allí contempladas, tiene aplicación únicamente cuando la Comisión de Regulación o la Delegada de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, correspondan a los mismos servicios públicos prestados por la empresa de la cual se haya desvinculado la persona o a la cual pretenda prestar servicios.” (Se subraya).

Como se aprecia, y en lo que tiene que ver con la prohibición contenida en el artículo 44.2 de la ley 142, la norma hace referencia al empleado que prestó sus servicios en las comisiones o en la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las funciones que desempeñaba en la entidad pública, haciendo claridad la Alta Corporación que la prohibición debe entenderse respecto al área de trabajo que se tuvo en aquellas.

En el caso objeto de estudio, quien pretende vincularse a una empresa ser servicios públicos, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, es un servidor público de la Contraloría General de la República quien ostenta el Cargo de Director Grado 03. Vale decir, no pertenece ni a una Superintendencia, ni a la Comisión de Regulación respectiva.

Debe señalarse, que la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, 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).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica.

Esto significa que la inhabilidad contenida en el artículo 44, numeral 2° de la Ley 142, dirigida a ex administradores o ex empleados de una empresa de servicios públicos domiciliarios y a ex empleados de una Comisión de Regulación o de una Superintendencia, no puede extenderse a

empleados o servidores de otro tipo de entidades, como sería el caso de la Contraloría General. De hacerlo, se estaría interpretado la limitación de manera extensiva o analógica.

No obstante, en caso que el Director Grado 03 de la Contraloría, se vincule como servidor público de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, deberá atender las situaciones que generan conflicto de interés, contenidas en la Ley 1437 de 2011. Así las cosas, llegado el caso que, en ejercicio de sus funciones en esa empresa de servicios públicos, tuviese que participar en situaciones que como empleado de la Contraloría conoció, como sería el caso de la Actuación Especial de Fiscalización de control excepcional que menciona en su solicitud, deberá declararse impedido y seguir el procedimiento señalado en el artículo 12 de la citada Ley 1437. De no hacerlo, podrá ser investigado y sancionado disciplinariamente.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Quien ejerció el cargo de Director de Vigilancia Fiscal de la Contraloría, no se encuentra inhabilitado para aceptar un cargo como servidor público en la Empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S ESP, por cuanto la inhabilitación contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, no es aplicable en el caso que el ex servidor se vincule nuevamente como servidor público.

Tampoco se configura la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 142 de 1994, pues no es ex servidor de una empresa de servicios públicos ni de una superintendencia o de una comisión de regulación y, por lo tanto, no es extensible al caso de un ex empleado de la Contraloría.

En caso que llegare a vincularse como servidor público de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S ESP, deberá atender las situaciones que puedan generar un conflicto de interés como sería el caso de actividades relacionadas con la Actuación Especial de Fiscalización de Control Excepcional y, de ser así, declararse impedido para actuar. De no hacerlo existiendo un impedimento, podrá ser investigado y sancionado disciplinariamente.

Para la aplicación de las causales de conflicto de interés, debe tener en consideración no sólo las funciones que ejercía en la Contraloría, incluidas en el Manual Específico, sino también, las que le fueren asignadas de manera excepcional. Todo servidor público ejerce las funciones que le son asignadas al cargo, y éstas deben estar previstas en la Constitución, en la Ley o en el reglamento. No obstante, es factible que a un empleado le sean dadas algunas funciones, bajo ciertos lineamientos, esto es, que deben hacer referencia a las actividades propias del cargo que desempeña el funcionario a quien se asignan, vale decir, dentro del contexto de sus funciones y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado.

Así las cosas, la asignación de alguna función especial, como sería el caso de la Actuación Especial de Fiscalización de Control Excepcional, debe ser considerada para efectos de limitaciones como el conflicto de interés.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2025-12-22 21:38:37