



Concepto 050581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000050581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000050581

Fecha: 12/02/2021 04:27:03 p.m.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Servidor Público – Presidente del fondo de empleado - RADICACIÓN: 20219000045662 del 28 de enero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta “(...) si hay régimen de inhabilidad o incompatibilidad para desempeñar un cargo como Técnico Administrativo en una entidad pública - nombrado en propiedad con Derechos de carrera administrativa y ser al mismo tiempo Gerente y representante legal de un Fondo de Empleados de carácter privado. Al respecto, es necesario indicar que las funciones de gerente y representante legal no tienen relación alguna con las de servidor público; así mismo, no se está recibiendo doble emolumento y/o salario por parte de entidad pública”, 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, competencia atribuida 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, el Decreto 1481 de 1989 “por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes interno de responsabilidad y sanciones, y se dictan medidas para el fomento de los fondos de empleados”, señala:

“ARTÍCULO 2º.- Naturaleza y características. Los fondos de empleados son empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados con las siguientes características:

(...)”

“ARTÍCULO 4º.- Vínculo de la asociación. Modificado por el art. 2, Ley 1391 de 2010. Los fondos de empleados deberán ser constituidos por trabajadores dependientes de instituciones o empresas, públicas o privadas.

Los asociados de un fondo de empleados deberán tener un vínculo común de asociación, determinado por la calidad de trabajadores dependientes, en una de las siguientes modalidades:

De una misma institución o empresa.

De varias sociedades en las que se declare la unidad de empresa, o de matrices y subordinadas, o de empresas que se encuentren integradas conformando un grupo empresarial.

De varias instituciones o empresas independientes entre sí, siempre que éstas desarrollen la misma clase de actividad económica.

(...)

“ARTÍCULO 26º.- Órganos de administración. La administración de los fondos de empleados será ejercida por la asamblea general, la junta directiva y el gerente.”

“ARTÍCULO 39º.- Gerente. Los fondos de empleados tendrán un gerente que será el representante legal de la entidad, principal ejecutor de las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva. Dicho gerente y el suplente serán designados por la junta directiva y sus funciones y período estarán consagrados en los estatutos y demás reglamentos internos.”

PARÁGRAFO. Adicionado por el art. 8, Ley 1391 de 2010. Igualmente, el estatuto de los Fondos de Empleados podrá establecer el número de suplentes del gerente que considere necesarios, así como el período, la forma de designación y sus facultades.” (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, los fondos de empleados son empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados. Los fondos de empleados deberán ser constituidos por trabajadores dependientes de instituciones o empresas, públicas o privadas.

Así mismo se estableció que la administración de los fondos de empleados será ejercida por la asamblea general, la junta directiva y el gerente; este último será el representante legal de la entidad, principal ejecutor de las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva.

En virtud de lo anterior se colige que, al ser los fondos de empleados empresas asociativas, de derecho privado, el gerente no tendrá la calidad de servidor público.

Ahora bien, con relación a la prohibición para que un empleado público reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, la Constitución Política de Colombia establece:

“ART. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Subrayas fuera del texto)

En igual sentido el artículo 19 de la ley 4 de 1992² indica:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones...” (Subrayas fuera del texto)

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que

provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado, en ese sentido, se colige que el empleado público no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

De otra parte, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad de derecho privada, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, para que un servidor público perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado por fuera de la jornada de trabajo.

Frente al cumplimiento de la Jornada Laboral, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

“ARTÍCULO 34. LOS DEBERES. Son deberes de todo servidor público: (...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.”

(...)”

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

(...)

22. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral modificado por el artículo 3o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.” (Subrayas fuera del texto)

Por otra parte, el Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, expresa:

“ARTÍCULO 8º. A los empleados les está prohibido:

“Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)” (Subrayas nuestras)

De acuerdo a lo anteriormente indicado, todo servidor público tiene la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas; así mismo, no deberá prestar a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde preste sus servicios.

Así las cosas, una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas entre otras en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 8 del Decreto 2400 de 1968, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que un servidor público (distinto de los abogados³), preste sus servicios a un fondo de naturaleza privada, siempre y cuando se haga por fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores

encomendadas, como empleado público.

Así mismo, le estará prohibido prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeña como servidor público.

Ahora bien, deberá indicarse que el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, señala que *“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”*

Por su parte, el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que *“Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales los servidores públicos. (...)”* (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, es clara la prohibición de los servidores públicos para celebrar contratos con las entidades estatales o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

El mencionado Decreto 1481 de 1989, sobre la celebración de contratos de los Fondos de empleados, dispuso:

ARTÍCULO 24. OTROS SERVICIOS. Los servicios de previsión y seguridad social y los demás previstos en su objeto social, excepto los de ahorro y crédito, podrán ser prestados por intermedio de otras entidades, preferencialmente de igual naturaleza o del sector cooperativo.

La prestación de servicios que beneficien a los asociados y al fondo de empleados, complementarios de su objeto social, podrá ser facilitada por éste mediante la celebración de contratos o convenios con otras instituciones.

ARTÍCULO 45. OTRAS ASOCIACIONES. También podrán celebrar contratos o convenios entre sí, para la extensión o intercambio de sus servicios entre los asociados de los mismos fondos; y con otras personas jurídicas, para la atención eficiente de sus fines económicos y sociales.

ARTÍCULO 61. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Las entidades públicas sometidas al régimen de contratación administrativa podrán celebrar contratos con los fondos de empleados (...)

En virtud de los artículos anteriores, los fondos de empleados podrán celebrar contratos con empresas públicas y privadas para la prestación de servicios que beneficien a los asociados y que sean complementarios a su objeto social.

Así las cosas, si bien no existe inhabilidad para que un servidor público pertenezca a un fondo de empleado como asociado, tampoco existe restricción para que sea el gerente o representante legal del mismo, siempre y cuando esta actividad la realice fuera de su jornada laboral como empleado.

Ahora bien, como Gerente y representante legal de un fondo de empleados de carácter privado debe celebrar contratos, se recuerda que en su calidad de servidor público, a la luz de lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, se encuentra inhabilitado para celebrar por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

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 <http://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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.
3. Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007
4. *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:11