Función Pública

Concepto 035711 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000035711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000035711

Fecha: 02/02/2021 09:20:33 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Miembros de junta directiva. Incompatibilidad de miembro de junta directiva para ser designado gerente. RAD. 20219000042572 del 27 de enero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un funcionario del nivel Directivo, en el cargo de Secretario de Despacho (Desarrollo y Bienestar Social), del nivel Central de la Entidad Municipio de Chiquinquirá, de libre nombramiento y Remoción que perteneció a la Junta Directiva de una entidad descentralizada radicó su renuncia y le fue aceptada el 14 de enero del año 2021, puede nombrarse en el cargo de gerente de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, entidad de la cual formaba parte de la Junta Directiva durante el año 2020, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad la Ley 489 de 1998, *"Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."*, señala en su artículo 102:

"ARTÍCULO 68. *Entidades descentralizadas.* Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

(…)

PARÁGRAFO 1°. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

(…)"

"ARTÍCULO 89. *Juntas directivas de las empresas estatales.* La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley.

Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de la empresa ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses."

Ahora bien, el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, "Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas", consagra en su artículo 10:

"ARTÍCULO 10.- *De la prohibición de prestar servicios profesionales*. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece." (Se subraya).

La prohibición contenida en el citado artículo 10, está dirigida a los miembros de las juntas directivas, entre otros, tanto particulares como servidores públicos.

Debe definirse entonces el alcance del término "*servicios profesionales*" que indica la norma como conducta prohibida para quienes integran la junta directiva.

En años anteriores, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sostuvo que esta prohibición incluía tanto a los contratos de prestación de servicios como a las vinculaciones legales y reglamentarias[1]. No obstante, esta misma Corporación y Sala, en concepto más reciente[2], efectuó un análisis de la legislación que contenía la prohibición, antes y después de la Constitución de 1991, resaltando que la normatividad se había referido a la modalidad de servicios profesionales como contrato administrativo, concluyendo lo siguiente:

"Determinados el ámbito de aplicación y su vigencia, la revisión del texto del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 permite concluir, de acuerdo con su tenor literal:

(i) En la legislación existente en dicho año 1976 cuando fue expedido, la expresión «prestar servicios profesionales» solamente se refirió a la celebración del contrato en mención, para prohibirla a los miembros de las juntas o consejos directivos y a los gerentes y directores de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades poseyeran el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, durante el año siguiente a su retiro, tanto con la respectiva entidad como con las demás que integraran el respectivo sector administrativo.

(ii) La prohibición de prestar servicios profesionales bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria no puede entenderse incorporada en el artículo 10 en comento para los miembros de las juntas o consejos directivos, porque resultaría absurda para quienes fueran empleados públicos y restrictiva de los derechos de los particulares.

(iii) Respecto del director o gerente, el artículo 10 en cita estableció la prohibición únicamente para el año siguiente a su retiro y no para la época comprendida por la expresión «durante el ejercicio de sus funciones».

(iv) La prestación de servicios en las normas sobre contratación administrativa reseñadas atrás, era el objeto de un contrato típicamente administrativo. Debe agregarse que si bien el actual estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007[12]) no contempla los anteriores criterios de contratación de derecho público y de derecho privado de la administración, sí continúa tratando como figura típica el contrato de prestación de servicios, como se analiza más adelante.

También incluye, en el artículo 8°, numeral 2°, literal a), como incompatibilidad para celebrar contratos estatales, la siguiente:

«*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*.»

A lo cual debe agregarse la expresa prohibición de celebrar el contrato estatal en comento y cualquier otro tipo de contrato, así como gestionar asuntos relacionados con su cargo, en los términos de las disposiciones disciplinarias vigentes y de la Ley 1952 próxima a regir.

Pero, además, como pasa a explicarse, la fuente constitucional y los desarrollos legales diversos de las figuras del ejercicio de funciones públicas bajo la relación legal y reglamentaria y del ejercicio profesional bajo la modalidad de contrato estatal, ratifican la conclusión de la Sala y fundamentan la reconsideración de los conceptos precedentes.

(…)

G. El caso concreto

El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 reza:

«*ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece*.»

La prohibición contenida en la norma citada es una tacha normativa que busca asegurar varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública como la moralidad y la transparencia (C.P. art. 209), y precave un posible conflicto entre los intereses públicos y privados.

También responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir indebidas influencias, favoritismos o ventajas inaceptables en la Administración, que se presentarían de aceptarse que los ex servidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo , entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.[25]

Empero, como se ha anotado en acápites anteriores, existen diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y reglamentaria.

Del texto transcrito se desprende que la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva.

Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna.

Por tanto la norma debe ser interpretada bajo la óptica de que lo proscrito es que miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores de los mismos establecimientos públicos dentro del año siguiente a su retiro, celebren contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector - administrativo al que aquellos pertenecen.

Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los ex miembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades descentralizadas y en las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado.

III. CONCLUSIÓN:

La prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 debe interpretarse en el sentido de que (i) los miembros de las juntas o consejos , durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y (ii) los gerentes o directores, dentro del año siguiente a su retiro , no podrán contratar la prestación de sus servicios profesionales con las entidades descentralizadas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios en las que actúan o actuaron, ni en los organismos y entidades que integran el sector administrativo al que dichas entidades pertenezcan.” (Se subraya).

Es claro entonces para la Corporación, que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 está referido a la contratación de servicios profesionales de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y no a una vinculación legal y reglamentaria como empleado público, criterio que comparte este Departamento.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un ex funcionario del nivel Directivo, que desempeñaba el cargo de Secretario de Despacho (Desarrollo y Bienestar Social), y que era miembro de la Junta Directiva de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, podrá ser nombrado como gerente de la misma entidad pues la prohibición del artículo 10 citado no cobija esta clase de vinculación (legal y reglamentaria).

En caso de 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. Concepto 2187 de 2014 del 6 de agosto de 2014, emitido por el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00521-00

2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, 5 de febrero de 2019, Radicación interna: 2395

Fecha y hora de creación: 2025-07-10 15:01:04