



Concepto 168951 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000168951

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000168951

Fecha: 13/05/2021 11:39:29 a.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que uno de los miembros de la junta directiva de una entidad pública, en calidad de suplente, sea vinculado en la misma entidad? Radicado 20219000416642 del 05 de mayo de 2021.

En atención a su consulta de la referencia, relacionada con el eventual impedimento para que un miembro suplente de la junta directiva de una entidad pública sea vinculado en la misma entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 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, 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.

Ahora bien, frente a las inhabilidades para los miembros de las juntas directivas, tenemos que de conformidad la Ley 489 de 1998¹ se aplicarán

las siguientes:

ARTÍCULO 102.- Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

De acuerdo con lo señalado, el Decreto Ley 128 de 1976², señala:

ARTÍCULO 10^o.- 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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Sobre el alcance de esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³ manifestó:

D. El ordenamiento constitucional y legal vigente en 1976 y a partir de la Constitución de 1991, en la materia de que trata el Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976

1. El Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 dispuso que los gerentes y directores de las entidades descentralizadas «no podrán prestar sus servicios profesionales» en la entidad a la que estuvieron vinculados ni en las del mismo sector administrativo, durante el año siguiente a su retiro.

2. Con antelación, el Decreto Ley 3130 de 1968, - estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional - había consagrado en el Artículo 28⁴, a título de «incompatibilidad», lo siguiente:

«...los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos...»

Obsérvese que la norma se refería a dos situaciones: (i) el ejercicio de funciones y (ii) el retiro, para establecer, respecto de ambas, la prohibición de prestar servicios profesionales.

Las dos situaciones en comento aluden, sin duda, a dos de los modos de vincularse al servicio público: la relación legal y reglamentaria, por la cual se ejercen las funciones de un empleo público - para el caso el de director o gerente de entidad descentralizada -, y el contrato de prestación de servicios profesionales que para la época, era uno de los contratos típicos del derecho público, de acuerdo con la Ley 167 de 1941⁵.

Téngase presente que la Ley 167 no incluía disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para la celebración de contratos, las cuales estaban reguladas en los Decretos leyes 3130 ya citado y especial, y 2400 aplicable a los empleados oficiales como norma general

3. En efecto, el Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 9^o, modificado por el Artículo 1^o del Decreto Ley 3074⁶ prohibió, a todos los empleados públicos, «prestar a título particular, servicios de asesoría o de asistencia relacionados con las funciones propias del empleo».

El Decreto reglamentario 1848 de 1969⁷, Artículo 1^o, definió como «empleado público» a la persona natural vinculada por una relación legal y reglamentaria a los organismos y dependencias «definidos en los Artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968».

En consecuencia, al señalar a los empleados públicos como destinatarios de la prohibición de «prestar servicios» relacionados con las funciones de su empleo, los Decretos Leyes 2400 y 3074, solo podían hacer referencia a la celebración de contratos de servicios personales o a la realización de gestiones a nombre propio o de terceros, sin que por “prestación de servicios” pudiera entenderse el ejercicio mismo del empleo público, pues se trataría de una hipótesis contradictoria.

-

Los Decretos 2400 y 3174, en los Artículos citados también prohibieron a quien “había sido empleado público”, o sea, a quien se desvinculaba de un empleo público, (i) gestionar directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo - prohibición sin límite temporal -; y (ii) actuar, para sí o para terceros, ante la dependencia en la que fue empleado público - prohibición para el año siguiente al retiro del empleo -.

Es claro que la hipótesis de las normas conduce a que las dos prohibiciones se entiendan circunscritas a servicios personales prestados bajo modalidades diferentes a la relación legal y reglamentaria pues si esta estuviera presente no se trataría de una persona retirada del servicio sino de un empleado público activo.

4. Visto el marco legal existente cuando entró a regir el Decreto Ley 128 de 1976, es preciso transcribir de nuevo el 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 aquella pertenece».

El texto permite hacer las siguientes observaciones:

a) La prohibición que establece se dirige a dos grupos de destinatarios que tienen regímenes diferentes:

(i) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Para la época -y actualmente- los consejos y juntas directivas de las entidades públicas se integran con empleados públicos y con particulares, por regla general; y entonces como ahora, los particulares no adquieren la calidad de empleados públicos pero ejercen funciones públicas cuando forman parte de esos órganos directivos.

En consecuencia, la prohibición de prestar servicios debe traducirse en la prohibición de celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales, tanto para los empleados públicos como para los particulares, y excluye naturalmente la relación legal y reglamentaria porque no podría prohibirla a quienes ya se regulan por ella y carecería de sentido referirla a los particulares.

-

(ii) Los directores o gerentes. Se trata de empleados públicos, como regla general, por tratarse de las entidades descentralizadas del nivel nacional bajo el régimen de los Decretos Leyes 1050, 3130 y 3135 del 1968.

b) El Artículo 10 en comento, cuando se refiere a los miembros de las juntas o consejos directivos, extiende la prohibición de «prestar servicios profesionales» al tiempo del ejercicio de funciones y un año más a partir de su retiro. Con esta previsión cabe concluir que el legislador extraordinario se aseguró de que la prohibición se entendiera aplicable a todos los miembros del órgano directivo -empleados públicos o no -, durante el lapso anotado.

c) Para los directores y gerentes, que como empleados públicos se encuentran en la relación legal y reglamentaria, la prohibición se circunscribe al año siguiente al retiro del cargo, y en consecuencia claramente solo puede referirse a la celebración del contrato administrativo de prestación de servicios y no al vínculo laboral porque lo inhibiría.

d) En cuanto al contrato de prestación de servicios como contrato típicamente administrativo o de derecho público, después de la Ley 167 de 1941, los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 lo regularon de la misma manera.

(...)

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 integran 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 2007⁸) 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.

(...)

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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo señalado, toda vez que las inhabilidades contenidas en el Decreto Ley 128 de 1976 sólo tienen dentro de su campo de aplicación a los miembros de las juntas directivas y no a sus suplentes, en criterio de esta dirección jurídica, no resulta viable extender el régimen de inhabilidades a las personas que actúen como suplentes de los miembros titulares; razón por la cual no se encuentra impedimento para que la persona que actúa como suplente del presidente de la junta directiva de la entidad, sea nombrado como empleado de la entidad respectiva.

Cabe anotar, que de acuerdo con lo señalado por el H. Consejo de Estado, en todo caso la prohibición se encuentra encaminada a impedir que los miembros de las juntas directivas se vinculen mediante contrato de prestación de servicios profesionales, sin que el impedimento se refiera a las vinculaciones mediante una relación legal y reglamentaria (como empleados públicos).

De otra parte, en caso de que su consulta esté orientada a saber si el suplente del presidente puede ser nombrado como tesorero de la misma junta directiva, le informo que en las normas que regulan la materia no se encontró un impedimento en ese sentido; no obstante, y teniendo en cuenta las facultades de la junta para expedir los estatutos de funcionamiento, se recomienda revisar los mismos con el fin de verificar si se establece alguna inhabilidad en la situación planteada.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos

ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“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.”*

2. *“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.”*

3. *Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar. Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-06000-2018-00160-00(2395). Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública.*

4. Para la época, los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 se ocupaban de la organización de la administración pública nacional, y categorizaban tres tipos de entidades descentralizadas: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. El Decreto Ley 3130 de 1968 era el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. El texto original del Artículo 28 era: *“De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo, ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por la entidad a la cual sirven o han servido o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se haga a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores. / Tampoco podrán intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones y por razón de su cargo. / Parágrafo 1 º.- No quedan cobijadas por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a todos los que los soliciten. Parágrafo 2 º.- Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este Artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las incompatibilidades que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.”* (Se destaca)

5. Cfr. Ley 167 de 1941 (diciembre 24) *“Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”*. Artículo 254. *“En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben fijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad (...).”*

6. Decretos leyes 2400 y 3174 de 1968 – administración del personal civil - . Artículo 9º. (Modificado por el decreto 3074 de 1968, Art. 1º) *“En defensa de la economía del Estado, les está prohibido a los empleados: solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo; solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el Estado; prestar, a título particular, servicios de asesoría o de asistencia en trabajos relacionados con las funciones propias de su empleo; percibir más de una asignación del Tesoro Público, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 64 de la Constitución Nacional y el Artículo 9º del Decreto 2285 de 1968; obtener préstamos y contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que se desempeña; intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a su favor, contraer habitualmente obligaciones de carácter económico superiores a sus posibilidades o que den lugar a embargos o reclamaciones justificadas./ Parágrafo. (Modificado por el decreto 3074 de 1968, Art. 1º) El empleado público al hacer dejación de su cargo podrá por el término de un año gestionar directa o indirectamente a título personal en representación de terceros asuntos que tengan relación con negocios de que haya conocido en razón del desempeño de las funciones de su empleo. / La infracción a lo aquí dispuesto produce la nulidad de lo actuado e inhabilita a la persona para reingresar a la administración pública.”*

7. Decreto 1848 de 1969 (noviembre 4), *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.” Derogado parcialmente por el Decreto 1083 de 2015, único reglamentario del Sector de la Función Pública. “Artículo 1º.- Empleados oficiales. Definiciones. 1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los Artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968. / 2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo./ 3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral”. (Se destaca).*

8. Ley 80 de 1993 (octubre 28) *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” // Ley 1150 de 2007 (julio 16) “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”*

Fecha y hora de creación: 2025-01-19 04:31:44