



# Concepto 221311 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000221311\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000221311

Fecha: 22/06/2021 07:10:43 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Servidor Público – Miembro de una UTL para celebrar contrato con empresa privada -  
RADICACIÓN: 20219000474892 del 15 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta “*Quisiera saber si un funcionario de una Unidad de Trabajo Legislativo del Senado, con contrato de Libre Nombramiento y Remoción, puede contraer un contrato de prestación de servicios con una entidad privada. Es importante tener en cuenta, que las actividades relacionadas con este nuevo contrato se realizarán fuera del horario laboral y exclusivamente en los tiempos libres, y que este no tendría una asignación mensual fija. Si existe alguna inhabilidad para este caso, respetuosamente les solicito me puedan indicar la legislación detallada donde se indique dicha información*” (Destacado fuera del texto), me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, 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, debe aclararse como primera medida que, si es funcionario de libre nombramiento y remoción, no está vinculado a través de un contrato. Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, en términos del numeral 3 del Artículo 33 de la ley 80 de 1993, son particulares contratados, por un tiempo estrictamente necesario, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando estas funciones no pueden ser realizadas con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

Adicionalmente, este tipo de contrato no supone iguales condiciones a las que se derivan de una relación legal y reglamentaria con la administración (empleado público) o de un contrato laboral (trabajador oficial) por cuanto, no hay subordinación. La relación contractual tiene como características la autonomía e independencia del contratista, por consiguiente, los contratistas no son servidores públicos sino particulares que prestan una función pública, su relación está regulada además de las disposiciones contenidas en la Ley, por las estipulaciones realizadas dentro del contrato mismo y en ningún caso dichos contratos generaran relación laboral ni prestaciones laborales.

Ahora bien, como quiera que menciona en el escrito de su petición que es funcionario de libre nombramiento y remoción, se aclara que su vinculación no es contractual, es decir, no tiene un contrato, sino que tiene una vinculación legal y reglamentaria como servidor público.

Frente a la calidad de los servidores públicos, la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone:

*“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (...) (Subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, los servidores públicos se clasifican en miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán las funciones detalladas en ley o reglamento, en la forma prevista por la Constitución y la ley.

Ahora bien, con respecto al tipo de vinculación que ostenta un miembro de la Unidad Técnica Legislativa (UTL) de un Congresista, la Ley 5 de 1992<sup>2</sup>, precisa:

*“ARTÍCULO 384. PRINCIPIOS QUE REGULAN. Los servicios administrativos y técnicos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que por medio de esta Ley se establecen, se fundamentan en los siguientes principios:*

- 1. Los funcionarios al servicio de las Corporaciones, se denominan empleados de la Rama Legislativa del Poder Público.*
- 2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera:*

*(...)*

*b) De libre nombramiento y remoción. (...) Así mismo, los empleados de la Unidad de trabajo Legislativo de que trata la presente Ley;*

*-*

*(...)”*

*“ARTÍCULO 385. VINCULACIÓN LABORAL. (Inciso modificado por el Artículo 3 de la Ley 1318 de 2009) La vinculación laboral de los empleados que conforman las plantas de personal creadas por esta ley, se hará por medio de resolución de nombramiento, expedida por el Director Administrativo en la Cámara de Representantes o el Director General Administrativo del Senado, con la firma del Secretario General respectivo.*

*Los empleados de la planta de personal señalados en el articulado de esta ley prestarán sus servicios en las dependencias donde fueron nombrados, o donde las necesidades del servicio así lo exijan, pero no podrán hacerlo en las oficinas de los congresistas. La violación a lo aquí preceptuado será causal de mala conducta, tanto del empleado, como del Director Administrativo de la correspondiente Cámara, según el caso, quienes serán sancionados con la pérdida de sus cargos. (...)”*

*“ARTÍCULO 388. UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DE LOS CONGRESISTAS. (Artículo modificado por el Artículo 1o. de la Ley 186 de 1995). (Primer Inciso modificado por el Artículo 7 de la Ley 868 de 2003). Cada Congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una Unidad de Trabajo a su servicio, integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante el Director Administrativo, en el caso de la Cámara y ante el Director General o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato.*

(...)

*PARÁGRAFO. Cuando se trate de la Calidad de Asesor, podrá darse la vinculación por virtud de contrato de prestación de servicios debidamente celebrado. El Congresista podrá solicitar a la autoridad nominadora que disponga la iniciación de las labores contratadas desde el mismo momento de la designación del Asesor.*

*(Aparte tachado INEXEQUIBLE) En el evento de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, no se considerarán prestaciones sociales en el valor del contrato celebrado, ni habrá lugar al reconocimiento o reclamación de ellas; salvo de los aportes al régimen de seguridad social que serán pagados por el Congreso.*

*Las calidades para ser asesor serán definidas mediante resolución de la Mesa Directiva de la Cámara y de la Comisión de Administración del Senado, conjuntamente.”*

De acuerdo con lo anterior, se concluye que cada Congresista contará con un grupo de apoyo, que bien puede estar conformado por empleados públicos de libre nombramiento y remoción, o por contratistas, éstos últimos vinculados mediante un contrato de prestación de servicios.

De esta manera se infiere que las personas vinculadas como miembros en las Unidades de Apoyo Legislativo de los Congresistas tendrán la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción si están nombrados y posesionados en el empleo de la planta de personal del Congreso; por el contrario, si están vinculados mediante un contrato de prestación de servicios tendrán la calidad de contratistas y estarán regidos por la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, es preciso recordar que la Constitución Política dispone establece:

*“ARTICULO 127. 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, la Ley 80 de 1993<sup>3</sup> dispone:

*“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*

*1o. 8Aparte tachado derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:*

(...)

*f) Los servidores públicos.”*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

*“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, Artículo 8o., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la*

Constitución y las leyes. (...) f) Los servidores públicos". (...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del Artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del Artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los Artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo al mandato constitucional transcrito y lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, 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 consiguiente, un miembro de una UTL que ostenta la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción, no podrá 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.

Ahora bien, el numeral 11 del Artículo 34 de la Ley 734 de 2002, "por la cual se expide el Código Disciplinario Único", establece que son deberes de todo servidor público, entre otros, el de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

Así las cosas, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad privada que no maneje o administren recursos públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, para que perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados en una entidad privada, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado, siempre y cuando lo haga por fuera de la jornada de trabajo, ya que todo servidor público tiene la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas.

De otra parte, el numeral 22 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, dispone:

*"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." (Subraya y negrilla fuera del texto)*

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del Artículo 3 y el Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

*"Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por*

*interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco 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: (P2)*

(...)

*Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del Artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.*

*Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.*

*De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma." (Subraya y negrilla fuera del texto)*

De acuerdo a lo anterior, a todo servidor público le está prohibido 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.

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y 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, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Es decir, de conformidad con lo estipulado por la Corte Constitucional, las prohibiciones contenidas en el Artículo 3 de la ley 1474 de 2011, se destinan única y exclusivamente respecto de los asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeña y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios, o aquellos que estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad al que se haya estado vinculado.

De conformidad con lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que si bien no existe inhabilidad para celebrar un contrato con una entidad privada que no maneje recursos públicos, siempre y cuando lo haga por fuera de la jornada laboral, dicho servidor no podrá en virtud de dicho contrato asistir, representar o brindar asesoraría en asuntos que se relacionen con las funciones específicas y concretas que desempeña como

servidor público, ni prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado.

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.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes
3. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:58:15*