



Función Pública

Concepto 240331 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000240331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000240331

Fecha: 08/07/2021 04:42:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar con entidad pública. RAD. 20219000479582 del 18 de junio de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. Si puede un funcionario público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) ser representante Legal de una corporación agropecuaria, teniendo en cuenta que la corporación hace convenios o contratos con entidades de orden territorial y nacional.
2. Si puede un funcionario público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) ser Revisor fiscal o Contador Público de una Asociación, cooperativa, fundación o corporación, teniendo en cuenta que estas entidades en algunos casos hacen convenios o contratos con entidades de orden territorial y nacional.
3. Si puede un funcionario público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) ser Revisor fiscal o Contador público de una empresa privada.
4. Puede un funcionario público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) ser asociado o socio de una entidad sin ánimo de lucro o entidad comercial, teniendo en cuenta que estas entidades en algunos casos hacen convenios o contratos con entidades de orden territorial y nacional.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a la posibilidad de que un servidor público suscriba contrato con una entidad pública, la Constitución Política señala en su Artículo 127:

“ARTÍCULO 127.- Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. 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...” (Se subraya).

Nótese que la norma supralegal no hace diferencia respecto al tipo de entidad pública. Esto quiere decir que la prohibición contempla a todas las entidades estatales, sean éstas del nivel nacional, departamental o municipal.

En igual sentido se expresa el Artículo 19 de la ley 4 de 1992, en los siguientes términos:

“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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”. (Subrayado fuera de texto)

Como se aprecia, tanto la Carta Fundamental como la Ley, prohíben desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación proveniente del Erario. No obstante, la Ley estableció algunas excepciones a esta limitación, sin que entre ellas se encuentre la expuesta en la consulta ni los contratos *ad honorem*.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, determina en su Artículo 8:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. <Aparte 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.

(...)” (Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales quienes tengan la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, si un servidor público actúa como representante legal de una entidad privada, no podrá, en esta calidad, suscribir contratos con ninguna entidad pública, ni delegar la facultad de contratación en otra persona, pues estaría incurriendo en la prohibición constitucional reseñada.

Sobre la posibilidad de que un servidor público sea miembro de empresas del sector privado o actúe para ellas, debe señalarse 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 la 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”.

Conforme 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, éstas 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. En consecuencia, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

De acuerdo con lo expuesto, y revisada la legislación relacionada con las inhabilidades de servidores públicos, esta Dirección considera que no existe impedimento para que un servidor público sea miembro de una corporación agropecuaria, revisor fiscal o Contador Público de una Asociación, cooperativa, fundación o corporación o una entidad sin ánimo de lucro o entidad comercial, siempre y cuando no preste a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad pública donde labora, ni preste servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron o están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado.

Sobre la citada prohibición, la Ley 1952 de 2019, “por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

(...)

4. 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 un (1) año 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 organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público 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 existen 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:

1. 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.

2. 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.

Según lo indicado en su consulta, pretende crear una empresa que tramita y da asesorías en visas, situación que, de acuerdo con lo manifestado en su consulta, está relacionado con el ejercicio de sus funciones como servidora pública. Por lo tanto, esta actividad estaría enmarcada en las prohibiciones legales que pueden originar un proceso disciplinario y su consecuente sanción.

Adicionalmente, el mismo ordenamiento señala en su Artículo 38 lo siguiente:

ARTÍCULO 38. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

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

(...).”

De la legislación citada, es claro concluir que a los servidores públicos les está prohibido prestar, a título personal o por interpuesta persona (como sería el caso de ser socio de una empresa que desarrolle estas actividades), servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo. Así mismo, los servidores públicos tienen entre sus deberes, destinar la totalidad del tiempo de la jornada en las funciones propias de su cargo.

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

1. No existe inhabilidad para que un empleado público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) sea representante Legal de una corporación agropecuaria. Sin embargo, en caso de serlo, no podrá suscribir contratos o convenios con entidades públicas de cualquier nivel, ni delegar esta función en otra persona de la corporación, por cuanto se configuraría la prohibición constitucional para los servidores públicos de suscribir contratos administrativos.

2. Un servidor empleado público (Nivel Directivo de una Empresa Social del Estado) podrá ser Revisor fiscal o Contador Público de una Asociación, cooperativa, fundación o corporación, empresa privada, entidad sin ánimo de lucro o entidad comercial, siempre y cuando no preste, a título personal o por interpuesta persona (como sería el caso de ser socio de una empresa que desarrolle estas actividades), servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo.

3. En caso que, conforme a los numerales anteriores, pueda estar vinculado a una entidad privada en alguna de las modalidades descritas, los servidores públicos tienen entre sus deberes, destinar la totalidad del tiempo de la jornada en las funciones propias de su cargo. Por lo tanto, estas actividades deberán desarrollarse fuera de la jornada laboral de la entidad pública a la cual está vinculado como servidor.

Respecto a la incidencia que pueda tener sobre la relación contractual entre una entidad privada y un organismo oficial la participación en la primera de un servidor público, deberá acudir a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, entidad competente para dilucidar esta situación.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:07:29