



## Concepto 350291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000350291\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000350291

Fecha: 23/09/2021 08:29:24 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Prohibición de suscribir contratos o convenios con entidades públicas. Entidades descentralizadas indirectas. RAD. 20212060592132 del 23 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si, siendo docente nombrado en propiedad en la secretaría de educación del Meta, puede tener un contrato por prestación de servicios con la empresa AGENCIA NACIONAL DIGITAL AND, que según su sitio web (<https://and.gov.co/>), es una entidad de participación pública y naturaleza privada, sin ánimo de lucro adscrita al MINTIC, 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.

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, 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, sobre la creación de fundaciones entre entidades públicas y particulares* dispone:

“ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

(...).” (Se subraya).

“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.” (Se subraya).

ARTÍCULO 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el Artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente Artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente Artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

(...)“ (Se subraya).

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en su Concepto [1291](#) del 26 de octubre de 2000, con ponencia del Consejero Augusto Trejos Jaramillo, señaló lo siguiente:

“Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal”. (Se resalta).

Por su parte, la Corte Constitucional, en su Sentencia No. [C-230](#) del 25 de mayo de 1995, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, indicó lo siguiente:

“Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

Es más, dichas entidades por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional que corresponde al legislador determinar, según el art. [150-7](#) de la Constitución. Esto permite considerar, que si el legislador está facultado por el art. 150-23 de la Constitución para “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, igualmente tiene competencia para determinar las personas que como servidores públicos pueden cumplir dichas funciones.”

Más recientemente, la misma Corporación, en su Sentencia [C-306](#) del 10 de julio de 2019, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, argumentó lo siguiente:

“A partir de esas consideraciones, adujo la Corte que a pesar de las diferencias en las partes resolutivas entre esa providencia y la Sentencia [C-722](#) de 2007, la decisión simplemente precisaba el precedente de esta a través de la reiteración de la *ratio decidendi* y su consecuente materialización en el condicionamiento de la norma. Lo anterior por cuanto en el estudio del cargo, la Corte concluyó que la definición de un régimen “*exclusivamente*” de derecho privado sí vulneraba el Artículo [209](#) de la Constitución. Así, la Sala precisó en esa ocasión que:

*“[E]s necesario señalar que la violación de la Carta Política no se deriva de la fijación de las normas de derecho privado pues, como se explicó en los fundamentos jurídicos 44 a 46, el legislador tiene una amplia competencia para definir la estructura de las entidades públicas y el régimen jurídico de su actividad. En particular, la transgresión del Artículo 209 Superior se deriva de la sustracción de los principios de la administración pública, la cual se origina, en principio, en la expresión “exclusivamente”, pues esta singulariza la normatividad aplicable e impide que el manejo de los recursos públicos invertidos en la entidad y el desarrollo de sus objetivos sociales se adelanten conforme a los postulados en mención”.*

Por último, en la citada sentencia, sobre la ubicación de este tipo de sociedades en la estructura de la administración pública, esta Corte estableció que, “a pesar de su autonomía jurídica están vinculadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público”<sup>101</sup>.

En conclusión, en dichas sentencias, la Corte recordó que independiente del porcentaje de participación que el Estado tenga en una sociedad de economía mixta, el legislador tiene competencia para intervenir en su régimen jurídico. Dicha autonomía, de otro lado, no excluye a dichas

sociedades de los controles estatales en ciertas materias -fiscales, inhabilidades e incompatibilidades, etc.-. Las sociedades de economía mixta hacen parte ciertamente de la estructura orgánica estatal, pero su actividad misional en términos generales debe tener la flexibilidad y capacidad igualitaria de competencia que ofrecen las normas de derecho privado<sup>[102]</sup>.

66. En síntesis, en el esquema de la descentralización por servicios, los proveedores pueden constituirse en empresas en las que el Estado tiene participación accionaria en colaboración con los particulares (sociedades de economía mixta), así como en sociedades en las que todos los activos son estatales (empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades públicas). Estas sociedades son necesarias para que el Estado pueda prestar óptimamente los servicios, por lo que el legislador puede crearlas ponderando el interés general de su participación en los mercados con la libertad de empresa. Estas empresas con participación pública pueden concurrir a los mercados para competir con el sector privado, atendiendo a las dinámicas del mercado. Sin embargo, no están exentas de aplicar en ciertos eventos normas de derecho público, sin que lo anterior implique el abandono del régimen jurídico privado para sus actividades misionales.” (El subrayado es nuestro).

De los argumentos expuestos, se puede inferir que las entidades surgidas de la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal, son consideradas entidades de naturaleza pública, hacen parte de las entidades descentralizadas indirectas y como entidades descentralizadas que define el Artículo 68 de la Ley 489 de 1998, deben entenderse incluidas dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden Nacional, de forma particular a las señaladas en el Artículo 38, literal g) de la Ley 489 de 1998.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un servidor público no podrá suscribir un contrato con una entidad descentralizada indirecta como lo es la empresa AGENCIA NACIONAL DIGITAL AND<sup>1</sup>, pues es considerada como de naturaleza pública y, como lo indica la Constitución y la Ley, a todo servidor público le está prohibido contratar con entidades del Estado, sin que la situación expuesta esté contemplada como excepción en la Ley.

En caso 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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. La Agencia Nacional Digital es una entidad de participación pública y naturaleza privada, sin ánimo de lucro adscrita al MINTIC, que busca dinamizar la construcción de un Estado más eficiente, transparente y participativo, gracias al uso y aplicación de la ciencia y las tecnologías de la información.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:47:07*