



Concepto 390271 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000390271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000390271

Fecha: 27/10/2021 06:27:07 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Servidor público para prestar servicios de asesoría en asuntos relacionados con su profesión o sus funciones. RAD.: 20212060644592 del 28 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio No. 20213201285231, en la cual formula varios interrogantes en relación con la posibilidad de que un empleado público de carrera administrativa, que ocupa el cargo de profesional especializado en una entidad territorial pueda ejercer su profesión, realizando asesorías en el sector privado, incluyendo empresas que desarrollen consultorías para entes territoriales, entre otras, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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, respecto de la prohibición para que un empleado público reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia establece que 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

En desarrollo del anterior precepto Constitucional se expidió la Ley 4 de 1992, en la que se señala que 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, salvo las excepciones previstas en el artículo 19 ibídem.

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado, en ese sentido, se colige que el empleado público no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Ahora bien, en el caso que se trate de servicios que se presten en el sector privado, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, para que un servidor público perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado por

fuera de la jornada de trabajo.

No obstante, será necesario que el empleado atienda lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, que señala:

“ARTÍCULO 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: (...)

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

Así mismo, deberá considerarse lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, la cual modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 3. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

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 sujetos claramente determinados.”

En ese sentido, el empleado público tiene la obligación de todo servidor público de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas; así mismo, no debe prestar a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde preste sus servicios.

Ahora bien, en consonancia con la prohibición constitucional previamente señalada, la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, dispone:

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

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.”

De acuerdo con la anterior disposición, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Tampoco podan recibir ninguna asignación adicional a la de servidor público, proveniente del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 128 de la Constitución.

Ahora bien, en cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad³. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público, por si o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Por otra parte, se observa que el Decreto 1083 de 2015⁴ dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. *En servicio activo.*
2. *En licencia.*
3. *En permiso.*
4. *En comisión.*
5. *En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.*
6. *Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.*
7. *En periodo de prueba en empleos de carrera.*
8. *En vacaciones.*
9. *Descanso compensado”*

De acuerdo con lo anterior, el empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en servicio activo, en licencia, en permiso, en comisión, en ejercicio de funciones de otro empleo por encargo, suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones, en periodo de prueba en empleos de carrera, en vacaciones o en descanso compensado. Cabe anotar que ninguna de estas

situaciones prevé la posibilidad de desempeñar un empleo privado.

Adicionalmente, es necesario recordar frente a la licencia lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.3 Licencia. Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. *No remuneradas:*
 - 1.2. *Ordinaria.*
 - 1.3. *No remunerada para adelantar estudios*
2. *Remuneradas:*
 - 2.1 *Para actividades deportivas.*
 - 2.2. *Enfermedad.*
 - 2.3. *Maternidad.*
 - 2.4. *Paternidad.*
 - 2.5. *Luto.*

PARÁGRAFO. Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley.” (Subrayado nuestro)

En lo que respecta a la licencia no remunerada para adelantar estudios, la normativa precitada consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.6 Licencia no remunerada para adelantar estudios. La licencia no remunerada para adelantar estudios es aquella que se otorga al empleado para separarse del empleo, por solicitud propia y sin remuneración, con el fin de cursar estudios de educación formal y para el trabajo y el desarrollo humano por un término que no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces.

El nominador la otorgará siempre y cuando no se afecte el servicio y el empleado cumpla las siguientes condiciones: 1. Llevar por lo menos un (1) año de servicio continuo en la entidad.

2. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

3. Acreditar la duración del programa académico, y

4. Adjuntar copia de la matrícula durante el tiempo que dure la licencia.

PARÁGRAFO. La licencia no remunerada para adelantar estudios una vez concedida no es revocable por la autoridad que la confiere, no obstante, el empleado puede renunciar a la misma mediante escrito que deberá presentar ante el nominador, con anticipación a la fecha de reincorporación al servicio."

Por consiguiente, la licencia no remunerada para adelantar estudios es aquella que se otorga al empleado para separarse del empleo con el fin de cursar estudios de educación formal y para el trabajo y el desarrollo humano por un término que no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces.

Con base en el fundamento normativo y jurisprudencial que antecede, se procede a dar respuesta a sus inquietudes, así:

1. En relación con su primer interrogante, esta Dirección Jurídica ha señalado en reiterados pronunciamientos que los servidores públicos pueden percibir honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad constitucional o legal respecto de ingresos provenientes del sector privado.

Así mismo, se estima que no existe inhabilidad alguna para que un servidor público, distinto de los abogados⁵, preste servicios en el ámbito privado, siempre y cuando en el desarrollo de esas actividades privadas no se preste asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del empleo del cual es titular en el sector público y dedique la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, es decir, que el desempeño de sus actividades privadas no interfiera con el óptimo desempeño de sus funciones en el sector público.

2. Respecto de sus preguntas 2 y 3, de precisa que los servidores públicos no pueden celebrar contratos con otras entidades estatales ni con personas privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona. De igual manera, no deben prestar a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde preste sus servicios.

3. En cuanto a su último interrogante, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2.2.5.5.3 del Decreto 1083 de 2015, durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo, ni celebrar contratos con entidades del Estado. En tal sentido, no debe perderse de vista que la licencia no remunerada para adelantar estudios se otorga para cursar un programa académico determinado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.
4. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
5. Ver artículo 29, Ley 1123 de 2007.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:28:07