



## Concepto 435081 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000435081\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000435081

Fecha: 06/12/2021 07:43:53 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Para pertenecer a una entidad sin ánimo de lucro o a una Junta de Acción Comunal. Contratista para ser empleado público. RAD.: 20219000693882 del 7 de noviembre de 2021.

Reciba un cordial saludo,

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta acerca de las inhabilidades para ser servidor público, luego de haber quedado en primer lugar en un concurso de méritos, por pertenecer a una ONG y ser presidente de una junta de acción comunal, así como tener un contrato de prestación de servicios suscrito con una entidad pública, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. Respecto a su primera inquietud, se tiene que la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

*“ARTÍCULO 34. LOS 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.”*

*“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

*22. <Numeral modificado por el artículo 3 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 sujetos claramente determinados.”*

De acuerdo con lo anterior, son deberes de todo servidor público dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

De otra parte, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup> 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.

Por consiguiente, una vez adelantada una revisión a las normas respecto a las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, esta Dirección Jurídica considera que no hay impedimento para que un servidor público (distinto de los abogados<sup>3</sup>), pueda prestar sus servicios en una entidad sin ánimo de lucro, como una ONG, siempre y cuando las actividades relacionadas con dicha organización no las realice en horas laborables. En caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como empleado público. 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 labora.

2. En cuanto a su segundo interrogante, se observa que los artículos 127 y 128 de la Constitución Política de Colombia, señalan:

*"ARTICULO 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."*

*"ARTICULO 128. 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.*

*Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas." (Subrayado nuestro)*

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, se prohíbe a los servidores públicos, por sí o por interpuesta persona, celebrar contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Además, se prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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.

Las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del erario público se encuentran señaladas en el artículo 19 la Ley 4a de 1992.

Se precisa que según la sentencia C-133 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, por la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, el término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario o mesada pensional.

Ahora bien, el artículo 8 de la Ley 743 de 2002 señala frente a las juntas de acción comunal lo siguiente:

*"ARTICULO 8. ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL:*

*a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.*

*La junta de vivienda comunitaria es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa se podrá assimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente artículo si fuere procedente;*

*(...)" (Subrayado nuestro).*

De conformidad con la norma en cita, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, sin ánimo de lucro, encaminadas al desarrollo comunitario. Ello quiere decir, que no pertenecen al sector central o descentralizado del municipio, ni son empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social.

Respecto de la naturaleza de las juntas de acción comunal, el Consejo Nacional Electoral emitió concepto en noviembre 1 de 2006, con radicado No. 3101, a través del cual efectuó el análisis de las inhabilidades para ser alcalde municipal por ser Presidente de Junta de Acción Comunal, señalando lo siguiente:

*“Sobre este punto, la Corporación en concepto 2844 de 2006, precisó:*

*“...Corresponde determinar, en consecuencia, la naturaleza jurídica de las Juntas de Acción Comunal, así como sus relaciones con las entidades públicas, a la luz del régimen de inhabilidades, con el objeto de determinar la existencia de inhabilidades.*

*En cuanto al primer aspecto, la Ley 743 de 2002, en el artículo 8º, señala:*

*“...La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa...”*

*En consecuencia, las causales de inhabilidad en la que pueden enmarcar los miembros de las JAC guardan relación con la posibilidad de intervenir en la gestión de negocios o en la celebración de contratos, ante las entidades públicas, dentro del año anterior a la fecha de la elección.*

*De acuerdo con el artículo 6º de la misma ley, la Acción Comunal es “una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.”*

*Dentro de los objetivos propuestos por las Juntas de Acción Comunal, establecidos en el artículo 19 de la Ley 743 de 2002, se encuentra en el literal f) “Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo”.*

Así las cosas, al ser las Juntas de Acción Comunal sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, sus miembros no ostentarían la calidad de empleados públicos, por lo que no se configuraría la prohibición constitucional de desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, para el caso de un servidor público que haga parte de la mencionada junta.

No obstante, es importante considerar que la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:*

*(...)*

*2º. Se denominan servidores públicos:*

*a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.” (Subrayado nuestro)*

A su vez, el artículo 8 de la citada Ley, dispone:

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

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

*(...)*

*f) Los servidores públicos.*

*(...)*

*2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

*(...)*

*d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.*

(...)

*f) <Literal adicionado por el artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.*

*Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.*

*PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.”. (Subrayado nuestro)*

De acuerdo con las anteriores disposiciones, 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.

Por otra parte, 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 sociedad”. 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”. (Subrayado nuestro).*

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público, por sí o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, 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.

Es decir, como empleado público no podrá contratar con entidades privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en especial cuando éste ejerce como representante legal.

En consecuencia, una persona que se desempeña como presidente de una Junta de Acción Comunal puede ser servidor público, por cuanto estas organizaciones no tienen ánimo de lucro, son de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, por lo que sus miembros no ostentarían la calidad de empleados públicos. De esta manera, no se configuraría la prohibición constitucional de desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, para el caso de un servidor público que haga parte de la mencionada junta. Sin embargo, éste no podrá suscribir contratos directa o indirectamente con entidades del Estado, ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política.

3. Respecto de su tercer interrogante, se precisa que una vez revisadas las normas que rigen las inhabilidades para el ejercicio de un empleo, principalmente las contenidas entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; no se evidencia inhabilidad para que quien suscribió y finalizó un contrato de prestación de servicios se vincule como empleado público en la misma o en otra entidad pública.

No obstante, en el caso que no haya finalizado el citado contrato de prestación de servicios y pretenda vincularse como empleado público en la misma o en otra entidad, se considera que quien haya celebrado contrato con una entidad pública y se vincule como empleado público, le sobrevendría la inhabilidad contemplada en el artículo 8 literal f) de la Ley 80 de 1993, situación que le obligaría a ceder el contrato, previa

autorización escrita de la autoridad contratante, o si ello no fuere posible deberá renunciar a su ejecución antes de posesionarse como servidor público.

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. Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007.
4. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:20*