



Concepto 098461 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000098461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000098461

Fecha: 03/03/2022 05:25:52 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público. Vínculos con ESAL. RAD. 20222060095182 del 22 de febrero de 2022.

Cordial saludo.

En la comunicación de la referencia, solicita que le sean absueltas las siguientes inquietudes, considerando que una persona en calidad de empleado público, sea de período fijo, libre nombramiento, temporal o carrera administrativa desea constituir una entidad sin ánimo de lucro:

1. ¿Un empleado público puede ser asociado o socio de una entidad sin ánimo de lucro?
2. ¿Un empleado público puede ser representante legal de una de una entidad sin ánimo de lucro?
3. ¿Un empleado público puede ser trabajador de una entidad sin ánimo de lucro?
4. ¿Existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público puede ser asociado, socio, trabajador o representante legal de una entidad sin ánimo de lucro?
5. En el evento que el empleado público pueda tener algún vínculo con la entidad sin ánimo de lucro, ¿cambia en algo si esta ejecuta recursos públicos o solamente recursos privados?
6. En el evento que el empleado público pueda tener algún vínculo con la entidad sin ánimo de lucro, si esta la ESAL ejecuta recursos públicos, pero no de la entidad pública con la cual tiene vinculación el empleado público, ¿existe alguna limitación, prohibición o incompatibilidad?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Para desatar las preguntas realizadas, deberá atenderse la siguiente normatividad:

La Constitución Política de Colombia, establece las siguientes limitaciones:

“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.” (Se subraya).

“ARTÍCULO 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

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. Ver Artículo 4

a. 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, la Carta Fundamental prohíbe 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.

De otro lado, la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, determina:

“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.

(...).”

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

(...)

22. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> 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.”

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

Ahora bien, para dar respuesta a las inquietudes presentadas, se deberá hacer diferencia entre una entidad sin ánimo de lucro netamente privada, y una que tenga participación estatal o que maneje o administre recursos públicos.

1.Vínculo con ESAL netamente privada.

Frente a la interpretación de la inhabilidades e incompatibilidades, es preciso indicar 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 anterior, esta Dirección considera que no existe impedimento para que un servidor público, participe en una ESAL del sector privado, 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 están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado, de conformidad con la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Tampoco podrá adelantar actividades relacionadas con la ESAL dentro del horario establecido para la jornada laboral, pues como lo indica el numeral 11 del artículo 34 ibídem, el servidor público debe destina la totalidad del tiempo de la jornada en las funciones que le han sido asignadas.

Ahora bien, el empleado público podrá actuar como representante legal de una ESAL netamente privada. Sin embargo, actuando con esta calidad, no podrá suscribir contratos, en representación de la entidad privada, con ninguna entidad del Estado, pues le está prohibido constitucionalmente y legalmente (artículo 127 de la Carta).

1.Vínculo con ESAL que tenga participación pública o que maneje o administre recursos públicos.

Si la ESAL tiene participación pública, o sin tenerla, maneja o administra recursos públicos, el empleado público deberá abstenerse de contratar con ella, de acuerdo con la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución.

Ahora bien, si el empleado es socio de la ESAL, deberá revisarse el caso de manera particular, pues si tiene participación estatal o administra o maneja bienes públicos, estaría ejerciendo dos funciones públicas que no le han sido asignadas por la norma, situación proscrita por la legislación.

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

1. ¿Un empleado público puede ser asociado o socio de una entidad sin ánimo de lucro?

El empleado público podrá ser socio de una ESAL netamente privada, pues la legislación no estableció alguna inhabilidad o limitación para ello.

2. ¿Un empleado público puede ser representante legal de una de una entidad sin ánimo de lucro?

Como se indicó en el aparte anterior, si la ESAL es netamente privada, la legislación no estableció alguna inhabilidad o limitación para ello. Sin embargo, si actúa como representante legal de la entidad privada, no podrá, en ejercicio de sus funciones, suscribir contratos con cualquier entidad pública, sin importar su nivel.

3. ¿Un empleado público puede ser trabajador de una entidad sin ánimo de lucro?

El empleado público podrá ser trabajador de una ESAL netamente privada, 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 están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos públicos al que se encuentre vinculado, de conformidad con la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Tampoco podrá adelantar actividades relacionadas con la ESAL dentro del horario establecido para la jornada laboral, pues como lo indica el numeral 11 del artículo 34 ibídem, el servidor público debe destinar la totalidad del tiempo de la jornada en las funciones que le han sido asignadas.

4. ¿Existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público puede ser asociado, socio, trabajador o representante legal de una entidad sin ánimo de lucro?

Si la ESAL tiene participación pública, o sin tenerla, maneja o administra recursos públicos, el empleado público deberá abstenerse de contratar con ella, de acuerdo con la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución.

Respecto a la posibilidad de que sea socio de la ESAL que tiene participación estatal o administra o maneja bienes públicos, deberá revisarse el caso de manera particular, pues en principio, estaría ejerciendo dos funciones públicas que no le han sido asignadas por la norma, situación proscrita por la legislación.

Sobre ser trabajador, debe atenderse la respuesta dada en el punto 3. Y sobre ser representante legal, la respuesta fue atendida en el punto 1.

1. En el evento que el empleado público pueda tener algún vínculo con la entidad sin ánimo de lucro, ¿cambia en algo si esta ejecuta recursos públicos o solamente recursos privados?

Si la ESAL es netamente privada, no se configura inhabilidad para participar en ella, pues como se indicó en el cuerpo del concepto, esas limitaciones son taxativas y, por tanto, no puede interpretarse de manera extensiva o analógica. En este caso deben atenderse las prohibiciones contenidas en el numeral 11 del artículo 34 y numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Si la entidad sin ánimo de lucro maneja o administra recursos públicos, el empleado público no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con ella.

6. En el evento que el empleado público pueda tener algún vínculo con la entidad sin ánimo de lucro, si esta la ESAL ejecuta recursos públicos, pero no de la entidad pública con la cual tiene vinculación el empleado público, ¿existe alguna limitación, prohibición o incompatibilidad?

Si la entidad sin ánimo de lucro maneja o administra recursos públicos, el empleado público no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con ella, sin importar si los recursos públicos pertenecen o no a la entidad en la cual se encuentra vinculado.

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": [/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

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:29:19