



Concepto 249361 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000249361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000249361

Fecha: 12/07/2022 08:30:35 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Servidor Público - Servidor que es miembro junta Directiva empresa privada - RADICACIÓN: 20229000343982 del 5 de julio de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual señala:

“Actualmente soy contratista de una Autoridad Ambiental, antes de serlo fundé un emprendimiento con unos compañeros egresados el cual presta servicios técnicos y científicos a Universidades públicas autónomas, entre ellas la Universidad Militar Nueva [sic] Granada. Hago parte de la junta de accionistas de la empresa, formada entre los compañeros egresados, constituida [sic] legalmente y registrada como SAS ante cámara de comercio de Bogotá. Actualmente tengo la posibilidad de ser parte de la planta provisional de la Autoridad y tomar un cargo público, sin embargo no sé si existe alguna inhabilidad para que esta empresa pueda seguir prestando servicios técnicos a Universidades Públicas en caso tal que yo tome el cargo como servidor público. ¿La empresa puede seguir contratando con la Universidad Pública? ¿Debo yo salirme de la empresa al tomar cargo de servidor público para que la empresa pueda realizar contratos con la Universidad? (...)”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos², 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 Estado³ 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 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.

De acuerdo con lo expuesto y para responder el interrogante de su consulta se considera procedente indicar que, una vez revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no se encontró disposición alguna que consagre inhabilidad o incompatibilidad para que un contratista sea nombrado como empleado en la entidad pública para la cual celebró contrato de prestación de servicios, siempre y cuando cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo y, ceda el respectivo contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993; de no ser posible, tendrá que renunciar a la ejecución del mismo.

Por otro lado, en el evento de ser nombrado en el cargo en provisionalidad, se recuerda que una vez posesionado, adquiere la calidad de servidor público.

Al respecto, el artículo 127 de la Constitución Política, señala:

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." (Subraya fuera del texto)

También 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 2o. 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.

ARTICULO 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.

(...)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme lo anterior, es clara la prohibición de los servidores públicos para celebrar contratos con las entidades estatales, salvo las excepciones legales.

De la misma forma, es importante tener en cuenta que 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", señala:

ARTÍCULO 38. LOS 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."

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 presto 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.” (Destacado nuestro)

En virtud de lo anterior, los servidores públicos tienen el deber de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales y constituye una falta relacionada con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los servidores públicos, entre otros, 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 presto 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.

La Corte Constitucional mediante la sentencia [C-257](#) del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley [1474](#) de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, señalando lo siguiente:

“En efecto:

El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.

Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución política, pues como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte en la sentencia [C-893](#) de 2003, que le sirvió de guía y fundamento en esta oportunidad al legislador, responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas.

Se reitera en esta oportunidad que la decisión del legislador en este punto resulta perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan la función pública de los cuales surge la necesidad de establecer una clara separación entre los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas.

(…)

Por lo demás el plazo de dos años sigue siendo razonable y proporcionado si se toma en cuenta que la finalidad perseguida es precisamente la de evitar o minimizar los canales de influencia del ex servidor con las entidades a las que estuvieron vinculados o, de otra parte, los vínculos con los sujetos o empresas que fueron objeto de manera concreta del control, vigilancia, inspección o regulación durante el ejercicio de sus responsabilidades públicas.

(…)

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su

vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma. (Destacado nuestro)

Al referirse la norma a la prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular unos servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones, puede considerarse que la prohibición de realizar estas actividades se enmarca en el ejercicio privado de una profesión, actividad o función, que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros pueden beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Es decir que, los servidores públicos sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, pero en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma.

En estos términos y para abordar el tema objeto de consulta, una vez adelantada la revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay impedimento para que un empleado público pueda hacer parte o continúe siendo parte de una sociedad por acciones simplificadas, siempre y cuando sus funciones 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; además no debe prestar a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora.

No obstante a lo anterior, frente a la posibilidad de que la sociedad por acciones simplificada celebre contratos y /o convenios con entidades públicas, en el evento de tener un cargo dentro de la empresa como representante legal u otro que tenga la facultad para celebrar contratos, se recuerda que como empleado público, no podrá contratar 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, ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Por último, si eventualmente resulta nombrado en el cargo público y en el ejercicio de las funciones asignadas al empleo, deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas o cualquier otra causal establecidas en la ley que tenga que ver con la empresa privada a la que pertenece, deberá tener en cuenta las disposiciones relacionadas con conflicto de interés consagradas en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019 y artículos 11 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, caso en el cual, deberá declararse impedido para conocer del asunto, so pena de ser recusado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Andrea Carolina Ramos

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:46