



Concepto 131241 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000131241

Fecha: 31/03/2023 09:43:09 a.m.

Bogotá D.C

Referencia: EMPLEO. Naturaleza del Cargo. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Para figurar como socia de una empresa privada y su contratación con el sector público

Radicación: 20232060119652 del 22 de febrero de 2023.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta lo siguiente:

“Como peticionaria, comedidamente solicito una certificación o documento equivalente en el que se detalle si en cargo de Auxiliar Administrativo a grado 5, de la planta de personal Secretaría de Educación del Cesar, se es funcionario o servidor público. Lo anterior, con la intención de poder definir legalmente las inhabilidades en las que podría incurrir al figurar como socia de una empresa privada y su contratación con el sector público.”

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades.

En segundo lugar, frente a los puntos de su consulta, le informo que: La constitución política, establece en sus Artículos 123 y 125, que:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)»

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, en sus Artículos 5 contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 5 CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: (...)”

Conforme a lo regulado, la regla general es que los empleos creados dentro de la administración pública son de carrera administrativa, con excepción de los empleos de libre nombramiento y remoción; los empleos de período fijo, los empleos temporales, los de elección popular y los trabajadores oficiales.

Ahora bien, el Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, establece:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Nota: (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional)

Las personas que prestan sus servicios en los departamentos, ministerios, superintendencias y establecimientos públicos son consideradas como empleados públicos.

En todo caso, el Departamento Administrativo no le corresponde expedir certificaciones que acrediten a un empleado la calidad de servidor público, por lo que, le corresponderá a la peticionaria de acuerdo a lo expuesto y con el análisis realizado, determinar si sus funciones corresponden a un servidor público.

Ahora bien, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, se tiene que la Constitución Política en sus artículos 127 y 128 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 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.

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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. (Subrayado nuestro)

De conformidad con lo anterior, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, ni 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.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la

fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

“ARTICULO. 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. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

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;

Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician 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”.

Según lo dispone el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 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.

Así mismo, es importante tener en cuenta que la Ley 1952 de 2019, Código Único 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.”

(...)

Así las cosas, son deberes de todo servidor público dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Dirección Jurídica considera que, si como empleado público no recibe remuneración adicional, ni tiene vinculación adicional con el Estado por estar vinculado a una sociedad de carácter privado y ser su representante legal, no incurriría en ninguna incompatibilidad, siempre y cuando, las actividades allí asignadas 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.

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 sí 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.

De acuerdo con lo expuesto, se precisa que si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público, distinto de los abogados, 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-, se considera que el servidor público no puede celebrar contratos con otras entidades estatales ni con personas privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Yaneirys Arias.

Reviso: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:05