



Concepto 242411 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000242411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000242411

Fecha: 16/06/2023 09:31:47 a.m.

Bogotá, D.C.

REFERENCIA: Tema: Inhabilidades e incompatibilidades Subtema: Inhabilidades del servidor público RADICACIÓN: 20239000285872 del 15 de mayo de 2023

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre las inhabilidades de un servidor público para conformar y pertenecer a la junta directiva de una asociación turística de carácter privado sin manejar recursos públicos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Frente a la calidad de los servidores públicos, la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone:

“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 (...)”

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, los servidores públicos se clasifican en miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán las funciones detalladas en ley o reglamento, en la forma prevista por la Constitución y la ley.

Por su parte, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, sobre la clasificación de los empleos, dispone:

“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. (...)”

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. (...)”

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción, como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Ahora bien, en el contexto de la presente consulta, es preciso recordar que la norma Superior ordena:

“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.”

Por su parte, la Ley 80 de 1993 dispone:

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

1o. 8Aparte tachado derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, Artículo 8o., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) Los servidores públicos". (...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del Artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del Artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los Artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social.”

De acuerdo al mandato constitucional transcrito y lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, 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.

Por consiguiente, un empleado público, no podrá 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.

Así las cosas, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad privada que no maneje o administren recursos públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, para que perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados en una entidad privada, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado, siempre y cuando lo haga por fuera de la jornada de trabajo, ya que todo servidor público tiene la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas.

De otra parte, el numeral 22 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019 dispone:

“ARTÍCULO 39. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

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

Así mismo, 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, y señaló lo siguiente:

“Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar 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: (P2)

(...)

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del Artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas

funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

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.”

Por ende y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, en principio, no existe una inhabilidad para que un empleado público conforme y haga parte de la junta directiva de una asociación turística que no maneja recursos públicos, siempre y cuando lo haga por fuera de la jornada laboral.

Sin embargo y, dados los supuestos de su consulta, es preciso resaltar que el servidor público no podrá, en virtud de su vinculación a la empresa privada, asistir, representar o brindar asesoraría en asuntos que se relacionen con las funciones específicas y concretas que desempeña como servidor público, ni prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado. Es decir, en su caso particular, si sus funciones como servidor público (técnico operativo) están relacionadas con la guía turística, no podrá participar en una organización que se dedique a lo mismo, aunque esta sea privada y no maneje recursos públicos.

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 <https://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: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Borja

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:20:10