Función Pública

Concepto 008221 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000008221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000008221

Fecha: 10/01/2020 09:22:08 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público. Inhabilidad de empleado público del nivel directivo como empleado público o contratista en otras entidades. Concejal. Incompatibilidad de concejal para suscribir contrato de prestación de servicios. Radicado: 20192060398392 del 5 de diciembre de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicarle que de conformidad con lo expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En este entendido, con respecto a su primera inquietud referente a la inhabilidad en que puede incurrir un ex defensor del pueblo regional para ser empleado público en uno de los municipios que tenía a su cargo, la Ley 1474 de 2011, sobre las restricciones para los ex servidores públicos, establece:

«ARTÍCULO 3°. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

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».

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013, resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, afirmó:

«(…) 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. (…)

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. (…)».

Es importante señalar que el antiguo texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003, en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de 1 año en los demás casos, 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 organismo al que se haya estado vinculado.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación mediante fallo número 161-3296(163-12417105), aprobado en Acta de Sala No. 54 del diciembre 6 de 2006, respecto a la prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, afirmó:

«Justamente el legislador disciplinario, en la ley 734 de 2002, artículo 35 numeral 22 y 25 estableció otras dos prohibiciones consistentes en: numeral 22 “prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra” y, numeral 25 “Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieren a su cargo”.

El artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional en sentencia C 893/03 se pronunció señalando: “el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia” y más adelante agrega: “Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 se ajusta a la Carta Política”.

Del extracto de la sentencia citada se resalta que las incompatibilidades pueden ser establecidas por el legislador, pero en especial, que estás no se limitan a prohibir la actuación simultánea del cargo de servidor público con el desarrollo de otras actuaciones públicas, sino que también se extienden al ejercicio concomitante de cargos o labores públicas con algunas funciones, cargos o actividades privadas que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública, tal como sucede en el caso de la norma contenida en el artículo 35 numeral 22, citado, en el que la conducta prohibida se mantiene hasta el año siguiente luego de finalizada la vinculación con el Estado; pues a pesar que se trata del ejercicio privado de una profesión, actividad o función legítimas, las mismas encuentran barreras cuando quien las ejecuta es un servidor público, dada las funciones propias que ejerce o ejerció con el Estado, generando la incompatibilidad entre estas dos actuaciones."

"Se debe resaltar que el tipo disciplinario del numeral 22, establece tres modalidades distintas de prestación de servicios, bien por asesorar, asistir o representar en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo; lo cual a la vez constituye tres formas de ejercer la abogacía, ejercicio que está prohibido expresamente para los servidores públicos. En este caso concreto se advirtió por la Sala disciplinaria, que el disciplinado no prestó servicios de representación pero en cambio sí había asesorado y asistido en dichos asuntos desde el momento en que se asoció con la pre-cooperativa Servicopava, prohibición que se hace extensiva hasta un año después de la desvinculación de la entidad, por lo que la renuncia presentada y aceptada por el Ministerio de la Protección Social no surte ningún efecto en lo relacionado con la falta disciplinaria.

La Constitución Política de 1991 está regida por la libertad de las personas en escoger su profesión y oficio, pero de igual manera ha señalado que quien acceda a la Función Pública está sometido a unas relaciones especiales de sujeción y por lo mismo el Estado puede hacerle exigencias mayores que a los particulares y verificar su desempeño, conforme lo establece el artículo 6º de la Constitución Política. Precisamente las incompatibilidades son una forma de prohibición de ejercicio simultáneo del desempeño de actividades, o cargos, con la calidad de funcionario público, y con ellas se pretende controlar o evitar que los servidores públicos caigan en prácticas que atentan contra la ética, como lo es prestar asistencia o asesoría a título particular respecto de asuntos relacionados con las funciones adelantadas como funcionario público, prohibición que en concreto pretende evitar que terceros pueden beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público». (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, 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 su 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, como lo señala la Procuraduría General de la Nación, esta prohibición pretende evitar que terceros puedan 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.

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.

Para el caso concreto, esta Dirección considera que si el ex empleado público del nivel directivo conoció en ejercicio de sus funciones en el cargo, un asunto concreto, no podrá actuar a título particular prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto o tema en contra de la entidad en la cual laboraba, en forma indefinida en el tiempo.

Se considera que dicha restricción no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público en otra entidad estatal regido mediante una relación y reglamentaria, toda vez que como empleado público, no se está ante un ejercicio privado de una profesión, actividad o función, sino ante el desempeño de una función pública.

Ahora bien, con respecto a la inhabilidad para ex empleados públicos contraten con el Estado, la Ley 1474 de 2011 adicionó el literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

«ARTÍCULO 4°. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

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».

Con respecto a la normativa anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-257 de 2013, antes mencionada, sobre el tema, determinó:

«(…) Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercicio cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de. consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro. (…)

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos. (…)

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos puedan tener con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que

ejercieron siendo directivos.

Es claro que las personas cobijadas por la inhabilidad tienen la capacidad de incidir de manera directa con sus decisiones como servidores públicos en el entorno del sector económico en el cual luego aspiran a desarrollar el objeto de futuros contratos en la entidad en la cual fingieron como directivos.

En ese sentido, es razonable establecer una inhabilidad para que aquel ex servidor público que tuvo la condición de directivo o representante legal de una entidad celebre un contrato con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

2.- De otra parte, con respecto a la incompatibilidad que podría configurarse si el concejal suscribe un contrato de prestación de servicios con una entidad que no ejerce jurisdicción en el respectivo municipio, es preciso indicarle lo siguiente:

La Constitución Política, 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 a lo anterior, los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos.

Asimismo, el artículo 127 de la normativa superior dispone:

«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[1] consagra:

«ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(…)

f) Los servidores públicos».

Se colige entonces que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con las entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 136 de 1994[2] como incompatibilidades de los concejales, establece:

«ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. (Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000).

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5. (Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000). Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

PARÁGRAFO 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra

PARÁGRAFO 2. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta». (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a la normatividad, quien tiene la calidad de concejal, como servidor público, está impedido para celebrar contrato con entidades del estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos ya que infringiría lo establecido en el artículo 127, en el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Conforme con la normativa expuesta, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Una vez revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, esta Dirección Jurídica considera que no hay impedimento para que un ex empleado público pueda ser designado empleado público en la entidad territorial.

No obstante lo anterior, esta Dirección Jurídica sugiere que se declare impedido para adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas relacionadas con las funciones del empleo del nivel directivo que desempeñaba.

2. La inhabilidad prevista en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011 para contratar se aplica únicamente respecto de la entidad, organismo o corporación en la cual el ex servidor prestó sus servicios ocupando cargos del nivel. En ese sentido, para el caso concreto, se considera que si la contratación del ex empleado público es en entidades diferentes a la cual estuvo vinculado, no se configura inhabilidad.

3. El concejal que contrate por orden de prestación de servicios con una entidad pública configura la incompatibilidad prevista en la normativa que se ha dejado previamente establecida.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

11602.8.4

[1] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

[2] «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:48