



Concepto 221301 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000221301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000221301

Fecha: 22/06/2021 07:08:31 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – auxiliar de justicia – Prohibición de recibir dos asignaciones del erario - RADICACIÓN: 20219000436862 del 20 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que se desempeña como Contralora revisora Fiscal de una empresa de servicios públicos intervenida por la Superintendencia de Servicios, que dicho cargo fue por posesión pero que percibe honorarios por dicho cargo, y que en virtud de la Certificación expedida por dicha Superintendencia, “de conformidad con el Artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable por remisión del inciso 5º del Artículo 121 de la Ley 142, los contralores ejercen funciones Públicas transitorias y no se reputan para ningún efecto funcionarios o contratistas de la Superintendencia, ni de la entidad intervenida; y que en tal sentido consulta: “(...) si estoy como contralora de esta ESP puedo aceptar un nombramiento en provisionalidad con otro ente público como el CTI, aun sabiendo que estas dos empresas no tienen relación entre ellas. o tendría que desistir de los honorarios de la empresa donde soy contralora revisora Fiscal (...)”, 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 entre 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 como tampoco le corresponde indicar si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida 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. La Constitución Política sobre los servidores públicos, establece:

“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.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo prescrito en el Artículo 123 de la Constitución Política, el término “servidor público” es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

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

“(…)"

14. 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.(…)" (Destacado fuera del texto)

En igual sentido, la prohibición de recibir doble asignación del erario, tiene unas excepciones que fueron consagradas en el Artículo 19 de la Ley 4^a de 1992, de la siguiente manera:

“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:

- 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;*
- g) *Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO *No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".*

En virtud de lo contemplado en el Artículo 128 constitucional y en el numeral 14 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, existe prohibición de desempeñar dos empleos públicos simultáneamente y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, es decir que, en calidad de servidor público, se encuentra inhabilitado para percibir una asignación más del erario público, salvo que se encuentre en alguna de las excepciones contempladas en el Artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Contralora revisora Fiscal de una empresa de servicios públicos en liquidación, es importante señalar que según el Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero - Decreto - Ley 663 de 1993, señaló:

“ARTICULO 295. REGIMEN APPLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.

1. Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.

PARAGRAFO. Cuando el liquidador sea designado por la Asamblea de Accionistas convocada según lo dispuesto en el numeral 17 del

Artículo 300 del presente Estatuto, no tendrá funciones públicas administrativas y por consiguiente únicamente ejercerá las funciones y facultades que le atribuyan los estatutos sociales de la respectiva entidad y el Código de Comercio.

(...)

4. Designación del liquidador y del contralor de la liquidación. <Numeral modificado por el Artículo 28 de la Ley 510 de 1999. El texto es el siguiente:> El Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designará al liquidador y al contralor, quienes podrán ser personas naturales o jurídicas. El liquidador y el contralor podrán ser removidos de sus cargos por el Director del Fondo de Garantías, cuando a juicio de éste deban ser reemplazados.

(...)

Para la designación de contralores se tendrán en cuenta los siguientes requisitos mínimos:

- a) Ser Contador Público, con tarjeta profesional, y
- b) Acreditar experiencia e idoneidad a juicio del nominador.

(...)

A partir de su posesión ante el Director del Fondo el liquidador y el contralor asumirán sus funciones, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades de inscripción en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la entidad en liquidación.

PARAGRAFO. Mientras se establece una tabla de honorarios y primas de gestión, el Director del Fondo de Garantías fijará los honorarios que con cargo a la entidad en liquidación deberán percibir el liquidador y el contralor de la liquidación por su gestión. Las primas de gestión se definirán por la rápida y eficiente labor ejecutada por el liquidador, de conformidad con los parámetros y condiciones que determine el Fondo de Garantías.

(...)

6. Vinculación. El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

(...)

10. Responsabilidad. (...)

Los contralores ejercerán las funciones propias de un revisor fiscal conforme al Código de Comercio y demás normas aplicables a la revisoría fiscal y responderán de acuerdo con ellas.

-

De acuerdo al Artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispuso que el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designará al liquidador y al contralor, quienes podrán ser personas naturales o jurídicas. Y podrán ser removidos de sus cargos por el mismo Director del Fondo de Garantías.

Al referirse al régimen aplicable al liquidador y al contralor, consagró el mencionado estatuto que los mismos ejercerán funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.

En cuanto a la vinculación del liquidador y el contralor estableció en el numeral 6 que continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Sobre los auxiliares de justicia, el Artículo 2 del Decreto 2400 de 1968² dispuso:

"ARTICULO 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes. (Destacado nuestro)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones."

En igual sentido, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, señala:

"ARTÍCULO 47. NATURALEZA DE LOS CARGOS. Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.

Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio y no podrán gravar en exceso a quienes acceden a la administración de justicia."

Respecto a la naturaleza del cargo de auxiliar de la justicia, la Corte Constitucional, en sentencia C-798 de 2003, concluyó:

"De una parte, los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e inquestionable imparcialidad. Además, los auxiliares de la justicia no tienen un vínculo laboral con el Estado sino que son particulares que cumplen transitoriamente funciones públicas, sujetos a un régimen de impedimentos y recusaciones como el señalado en el Artículo 22 del Decreto 2265 de 1969 o el Artículo 235 del Código de Procedimiento Civil." (Subrayado nuestro)

Así mismo, mediante Sentencia del 10 de marzo de 2011³, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sobre un tema similar, indicó:

"De otra parte, es necesario precisar que por las características que envuelve la condición legal de Auxiliar de la Justicia, la actora no puede alegar válidamente la existencia de vínculo laboral alguno con la Superintendencia Nacional de Salud o con la Caja de Compensación Familiar Campesina intervenida parcialmente ni, mucho menos, el desconocimiento de derechos de estabilidad relativa.

El Estatuto Orgánico Financiero que regía a la demandante puntualiza que por ser los Liquidadores y los Contralores auxiliares de la justicia, no pueden reputarse, para ningún efecto, trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en este caso, de la Superintendencia Nacional de Salud (numeral 6, Artículo 295 del decreto 663 de 1993).

Lo anterior, por cuanto dicho Estatuto señala que: (i) los Liquidadores y Contralores ejercen funciones públicas administrativas transitorias⁴, (ii) pueden ser reemplazados en cualquier momento⁵ y (iii) reciben, como contraprestación por su gestión, honorarios a cargo de la entidad en liquidación⁶

Estas características, que refuerzan la inexistencia de una relación de contenido laboral administrativo, fueron desarrolladas por la Corporación, así:

"La norma citada, otorga a los agentes especiales la categoría de auxiliares de la justicia; por manera que aún cuando no hace lo mismo respecto de los expertos, auxiliares y consejeros a los que alude, no le cabe duda a la Sala que éstos ostentan el mismo calificativo, o más propiamente el de auxiliares de la administración que es la denominación que el Artículo 4º del decreto 1950 de 1973 da a quienes prestan

servicios ocasionales, obligatorios o temporales al Estado.

Indudablemente la tarea que debía desarrollar el accionante como auditor externo, no era permanente, puesto que se debía ejecutar temporalmente mientras durara la liquidación de los establecimientos financieros intervenidos, y estaba dirigida a auxiliar al Superintendente Bancario, en la liquidación de los entes tomados en posesión conforme al Artículo 4º del decreto 1950 de 1973.

Por otra parte, la remuneración no se fijó de acuerdo con las escalas de remuneración de los empleados de la Superintendencia para que pudiera asimilársele a un supernumerario y es más, ni siquiera fue pagada por el erario público, pues conforme a la ley, se ordenó que sus honorarios serían cubiertos con cargo a las entidades en liquidación, lo que refuerza que la prestación de sus servicios a la administración no fue de contenido laboral administrativo”⁷

Desvirtuados en el plenario la supuesta extralimitación de funciones y competencias, la configuración de vicios (falsa motivación y desviación de poder) y el desconocimiento de derechos laborales, se habrá de confirmar la decisión del a quo que denegó las pretensiones de la demanda. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia transcritas, los auxiliares de la justicia desarrollan oficios públicos ocasionales, no tienen un vínculo laboral con el Estado sino que son particulares que cumplen transitoriamente funciones públicas, y sus servicios deben ser retribuidos por unos honorarios, sin que pueda predicarse su condición de servidor público.

Ahora bien, se recuerda que en virtud del Artículo 128 constitucional “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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Destacado nuestro)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 31 de octubre de 2018⁸, con Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, sobre el particular, señaló: “DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO- Alcance - Dentro de esta prohibición [Artículo 128] ha de entenderse no solo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente.”

La Corte Constitucional por su parte sostiene mediante Sentencia C-133/93, que “el término ‘asignación’ comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.” (Destacado nuestro)

Así las cosas, dado que la expresión “nadie” contenida en el Artículo 128 constitucional no excluye a ninguna persona, aun cuando la Contralora revisora Fiscal de una empresa de servicios públicos intervenida no ostenta la calidad de servidora pública, en criterio de esta Dirección Jurídica, si la misma recibe remuneración del erario público, es decir si sus honorarios provienen del Estado al ser auxiliar de la justicia de las entidades públicas, incurría entonces en la prohibición al vincularse como provisional en un ente público como lo es el CTI. Sí, por el contrario, los honorarios recibidos como contralora revisora de la entidad liquidada no provienen de entidades públicas se considera que, podría ser nombrado en un empleo en provisionalidad, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para dicho cargo.

En este último evento, podrá realizar ambas funciones, siempre y cuando dichas actividades como auxiliar de justicia no las realice en horas laborables (Numeral 11 del Art.34 de la Ley 734 de 2002). 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 desarrollará como servidor público (provisionalidad).

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 <http://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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones."

3. Exp. No. 25000-23-25-000-2003-04425-01 (1144-2007) / decretos del gobierno / actor: Constanza Yenny Cardoso Medina

4. ARTICULO 295. REGIMEN APLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.

1. Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación (resaltado y subrayas fuera del texto).

5. 4. Designación del liquidador y del contralor de la liquidación. (Numeral modificado por el artículo 28 de la Ley 510 de 1999) El Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designará al liquidador y al contralor, quienes podrán ser personas naturales o jurídicas. El liquidador y el contralor podrán ser removidos de sus cargos por el Director del Fondo de Garantías, cuando a juicio de éste deban ser reemplazados (resaltado y subrayas fuera del texto).

6. PARAGRAFO. Mientras se establece una tabla de honorarios y primas de gestión, el Director del Fondo de Garantías fijará los honorarios que con cargo a la entidad en liquidación deberán percibir el liquidador y el contralor de la liquidación por su gestión. Las primas de gestión se definirán por la rápida y eficiente labor ejecutada por el liquidador, de conformidad con los parámetros y condiciones que determine el Fondo de Garantías.

Así mismo, se dispondrá que se otorgue caución en favor de la entidad por la cuantía y en la forma que el Fondo de Garantías determine.

7. Sentencia de 14 de noviembre de 1995, expediente No. 9513, actor: Luis Eduardo Suárez B., M.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

8. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00753-01(3786-16),

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:00:35