



Concepto 350171 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000350171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000350171

Fecha: 23/09/2021 08:20:48 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Miembros de junta directiva. Aplicación del Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 para vinculaciones laborales. TRABAJADORES OFICIALES. Contrato de trabajo. Plazo presuntivo. RAD. 20212060586262 del 19 de agosto de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Según el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que aplica para un ex miembro de la junta directiva de una empresa industrial y comercial de Estado, estaría inhabilitado un ex miembro de la junta directiva con menos de un año de retiro de la misma, para suscribir un contrato individual de trabajo con la empresa? Se analiza lo dispuesto por el Artículo 10 del Decreto 128 de 1976, diferentes conceptos emitidos al respecto, pero no hay claridad sobre si se configura o no inhabilidad.

2. ¿Aplica la figura del plazo presuntivo en un contrato individual de trabajo a término indefinido, trabajador oficial, así en el contrato se haya dispuesto su no aplicación?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad la Ley 489 de 1998, “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*”, señala en su Artículo 102:

“ARTÍCULO 68. *Entidades descentralizadas.* Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

(...)

PARÁGRAFO 1º. De conformidad con el inciso segundo del Artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

(...)"

"ARTÍCULO 89. *Juntas directivas de las empresas estatales.* La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley.

Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de la empresa ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurrán conflictos de intereses."

Ahora bien, el Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, "*Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas*", consagra en su Artículo 10:

"ARTÍCULO 10º.- *De la prohibición de prestar servicios profesionales.* Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece." (Se subraya).

La prohibición contenida en el citado Artículo 10, está dirigida a los miembros de las juntas directivas, entre otros, tanto particulares como servidores públicos.

Debe definirse entonces el alcance del término "*servicios profesionales*" que indica la norma como conducta prohibida para quienes integran la junta directiva.

En años anteriores, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sostuvo que esta prohibición incluía tanto a los contratos de prestación de servicios como a las vinculaciones legales y reglamentarias¹. No obstante, esta misma Corporación y Sala, en concepto más reciente², efectuó un análisis de la legislación que contenía la prohibición, antes y después de la Constitución de 1991, resaltando que la normatividad se había referido a la modalidad de servicios profesionales como contrato administrativo, concluyendo lo siguiente:

"Determinados el ámbito de aplicación y su vigencia, la revisión del texto del Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 permite concluir, de acuerdo con su tenor literal:

(i) En la legislación existente en dicho año 1976 cuando fue expedido, la expresión «prestar servicios profesionales» solamente se refirió a la celebración del contrato en mención, para prohibirla a los miembros de las juntas o consejos directivos y a los gerentes y directores de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades poseyeran el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, durante el año siguiente a su retiro, tanto con la respectiva entidad como con las demás que integraran el respectivo sector administrativo.

(ii) La prohibición de prestar servicios profesionales bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria no puede entenderse incorporada en el

Artículo 10 en comento para los miembros de las juntas o consejos directivos, porque resultaría absurda para quienes fueran empleados públicos y restrictiva de los derechos de los particulares.

(iii) Respecto del director o gerente, el Artículo 10 en cita estableció la prohibición únicamente para el año siguiente a su retiro y no para la época comprendida por la expresión «durante el ejercicio de sus funciones».

(iv) La prestación de servicios en las normas sobre contratación administrativa reseñadas atrás, era el objeto de un contrato típicamente administrativo. Debe agregarse que si bien el actual estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007¹²) no contempla los anteriores criterios de contratación de derecho público y de derecho privado de la administración, sí continúa tratando como figura típica el contrato de prestación de servicios, como se analiza más adelante.

También incluye, en el Artículo 8º, numeral 2º, literal a), como incompatibilidad para celebrar contratos estatales, la siguiente:

«Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.»

A lo cual debe agregarse la expresa prohibición de celebrar el contrato estatal en comento y cualquier otro tipo de contrato, así como gestionar asuntos relacionados con su cargo, en los términos de las disposiciones disciplinarias vigentes y de la Ley 1952 próxima a regir.

Pero, además, como pasa a explicarse, la fuente constitucional y los desarrollos legales diversos de las figuras del ejercicio de funciones públicas bajo la relación legal y reglamentaria y del ejercicio profesional bajo la modalidad de contrato estatal, ratifican la conclusión de la Sala y fundamentan la reconsideración de los conceptos precedentes.

(...)

G. El caso concreto

El Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 reza:

«ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.»

La prohibición contenida en la norma citada es una tacha normativa que busca asegurar varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública como la moralidad y la transparencia (C.P. art. 209), y previene un posible conflicto entre los intereses públicos y privados.

También responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir indebidas influencias, favoritismos o ventajas inaceptables en la Administración, que se presentarían de aceptarse que los ex servidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo, entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.²⁵

Empero, como se ha anotado en acápitos anteriores, existen diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y

reglamentaria.

Del texto transcrita se desprende que la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva.

Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna.

Por tanto la norma debe ser interpretada bajo la óptica de que lo proscrito es que miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores de los mismos establecimientos públicos dentro del año siguiente a su retiro, celebren contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector - administrativo al que aquellos pertenezcan.

Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los ex miembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades descentralizadas y en las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado.

III. CONCLUSIÓN:

La prohibición contenida en el Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 debe interpretarse en el sentido de que (i) los miembros de las juntas o consejos , durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y (ii) los gerentes o directores, dentro del año siguiente a su retiro , no podrán contratar la prestación de sus servicios profesionales con las entidades descentralizadas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios en las que actúan o actuaron, ni en los organismos y entidades que integran el sector administrativo al que dichas entidades pertenezcan." (Se subraya).

Es claro entonces para la Corporación, que la prohibición contenida en el Artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 está referido a la contratación de servicios profesionales de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y no a una vinculación legal y reglamentaria como empleado público, criterio que comparte este Departamento.

Debe señalarse que, si bien el Consejo de Estado realiza el análisis para una vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos que fueron miembros de la junta directiva, versus el contrato de prestación de servicios regulado por el estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993), el argumento es aplicable para el caso que un ex miembro de la junta directiva se vincule a la entidad como trabajador oficial, pues ésta vinculación, como la del empleado público, tiene carácter laboral, diferente al contrato de prestación de servicios de orden administrativo que es el que pretende la norma limitar.

En cuanto a los trabajadores oficiales, es pertinente reseñar que son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. En otras palabras, el trabajador oficial y la entidad en la cual presta sus servicios, están regidos por su contrato de trabajo, las convenciones colectivas, los pactos colectivos y el reglamento interno de trabajo.

Ahora bien, sobre el plazo presuntivo en un contrato de trabajo de un trabajador oficial, el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", señala:

"ARTÍCULO 2.2.30.6.1 Duración del contrato. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la

realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

ARTÍCULO 2.2.30.6.2 Contrato por tiempo determinado. El contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de dos (2) años, aunque sí es renovable indefinidamente.

ARTÍCULO 2.2.30.6.4 Contrato indefinido. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales."

Los contratos a término fijo pueden pactarse hasta por dos años. Los de plazo presuntivo, son aquellos en los cuales no se expresó ningún término de vigencia, razón por la cual se entienden pactados por el término de seis meses prorrogables por períodos iguales. Los contratos a término indefinido son aquellos en los que, como se indica, las partes expresan que su duración o término será indefinido.

Sobre el plazo presuntivo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri, en sentencia emitida el 11 de julio de 2018 dentro del proceso número 55961, indicó lo siguiente:

"También ha definido la Corte que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los períodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En consonancia con lo dicho, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule "término indefinido", para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleado de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias como la CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, ..."

Según el pronunciamiento, es viable que las partes contractuales en una relación laboral de un trabajador oficial, convengan la eliminación de la figura del plazo presuntivo, para lo cual deberán elaborar cláusulas claras y expresas que así lo estipule.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La prohibición contenida en el Artículo 10 del Decreto 128 de 1976, está dirigida a la contratación administrativa de los ex miembros de las juntas directivas, y no a la vinculación de los mismos en una relación laboral, sea legal y reglamentaria o por contrato de trabajo. En tal virtud, aquellos podrán ser vinculados como empleados públicos o trabajadores oficiales.

2. Es viable que las partes contractuales en una relación laboral de un trabajador oficial, convengan la eliminación de la figura del plazo presuntivo, de tal manera que no quede duda de que su intención es la de excluir los períodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Concepto 2187 de 2014 del 6 de agosto de 2014, emitido por el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00521-00
2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, 5 de febrero de 2019, Radicación interna: 2395

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:39