



Función Pública

Comunicado 133821 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000133821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000133821

Fecha: 03/04/2023 11:50:54 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. RADICACIÓN. 20232060138522 de fecha 02 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el haber sido miembro de la Junta Directiva de la entidad lo inhabilita para vincularse como servidor público en la misma entidad, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero mencionar que conforme al Acuerdo 0001 de 2014¹, expedido por El Consejo Directivo Del Instituto Nacional De Formación Técnica Profesional De San Juan Del Cesar-La Guajira, El Instituto Nacional De Formación Tecnicaprofesional De San Juan Del Cesar y La Guajira, INFOTEP, es un Establecimiento Público de Carácter Académico, del Orden Nacional, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Educación Nacional; creado mediante Decreto 1098 del 17 de marzo 1979 del Gobierno Nacional como entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional, y Redefinida por Ciclos Propedéuticos, según lo contemplado en la Ley 749 de 2002, Decreto 2216 de Agosto 6 de 2003.

Ahora bien, el Decreto 128 de 1976² consagra:

“ARTÍCULO 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN.

Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

Las expresiones "miembros de Juntas o Consejos", "Gerentes o Directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.”

“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.”
(Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, 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.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto con radicado No. 11001-03-06000-2018-00160-00(2395) del 05 de febrero de 2019 y ponencia del Consejo Germán Alberto Bula Escobar, respecto a la interpretación del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 consideró 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 2007) 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 8, numeral 2, 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.

“(…)

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 precave 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.

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

Del texto transcrito 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 pertenecen.

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." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo al último concepto dispuesto por el Consejo de Estado, 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.

En tal sentido, 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.

Por consiguiente, y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que en los términos del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, un ex miembro de la junta directiva de la entidad no se encuentra inhabilitado para ser nombrado como empleado provisional o de libre nombramiento y remoción, en tanto corresponde a una vinculación legal y reglamentaria.

Me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por el cual se adopta el nuevo estatuto general del Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Juan del Cesar â la Guajira, redefinido por ciclos propedéuticos.

²Por 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.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 17:03:15