



Función Pública

Concepto 24491 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000024491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000024491

Fecha: 13/02/2015 03:36:04 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Exgobernadores y exalcaldes pueden ser miembros de concejos directivos, juntas directivas o representantes legales de sociedades de economía mixta o establecimientos públicos. Radicación No. 20152060001632 del 7 de enero de 2015.

En atención a la consulta de la referencia, me permito efectuar el análisis correspondiente, a partir del siguiente planteamiento jurídico:

PLANTEAMIENTO JURIDICO:

¿Exgobernadores y exalcaldes pueden ser miembros de consejos directivos, juntas directivas o representantes legales de sociedades de economía mixta o establecimientos públicos?

FUENTES FORMALES

1. Ley 617 de 2000.
2. Decreto 128 de 1976.
3. Ley 1474 de 2011.

ANÁLISIS

Para abordar el planeamiento jurídico enunciado, es indispensable analizar en forma general las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades que puedan afectar a un ex gobernador, o exalcalde de la siguiente forma:

- 1) Sobre las incompatibilidades de los gobernadores, la Ley 617 de 2000, en su artículo 31, señala:

“ARTICULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.
4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.
5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.
6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARAGRAFO. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.”

ARTÍCULO 38.- Incompatibilidades de los alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.
4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.
5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.
6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARÁGRAFO- Lo dispuesto en el presente Artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c) y d) del Artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

ARTÍCULO 39.- Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1º y 4º, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

PARÁGRAFO- Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.

De conformidad con las anteriores disposiciones, quienes fueron gobernadores o alcaldes no podrán celebrar por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos, ni podrá intervenir en procesos o asuntos en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas, desde el vencimiento del periodo constitucional y hasta doce meses después.

2) Quienes no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejos, gerentes o directores.

Frente a la calidad de los miembros de los Consejos Directivos, el artículo 74 de la Ley 489 de 1998, señala:

“ARTÍCULO 74º.- Calidad de los miembros de los consejos directivos. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, puede inferirse que los particulares miembros de las Juntas y Consejos Directivos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de servidores públicos, categoría definida constitucionalmente en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia.

Con respecto a la calidad de los miembros de las Juntas y Consejos Directivos de entidades estatales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Expediente número: 3429 del 17 de febrero de 2005, sostuvo:

“Ahora bien, el artículo 123 de la Constitución dispone que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente”. Y, el artículo 122 superior es claro en señalar que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

Congruente con lo anterior, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 3º del Decreto 1950 de 1973 señalan que “las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales...”. Y, relevante para el asunto sub iúdice, el artículo 4º del Decreto 1950 de 1973 aclara que quienes prestan servicios ocasionales o temporales no pertenecen al servicio civil del Estado.

El artículo 3º, parágrafo 2º, del Decreto 2400 de 1968 dejó en claro que “las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos”.

En ese mismo sentido, para los miembros de las juntas o consejos del orden departamental, el artículo 298 del Decreto 1222 de 1986, dispuso que “no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos”. Y, el artículo 162 del Decreto 1333 de 1986 -Código de Régimen Municipal-, dispuso que “los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos”.

Pero, además, se tiene que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 es claro en señalar que “los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos...”.

(...)

Con base en lo anterior se pueden inferir tres conclusiones, a saber:

La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades.

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público (...).

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de

empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994 (...). (Subrayado fuera de texto)

Las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos y en particular de los miembros de las juntas o consejos directivos de empresas descentralizadas del orden nacional o territorial tienen un régimen especial consagrado en el Decreto 128 de 1976 y las normas que lo modifican y adicionan. Así lo establece la Ley 489 de 1998¹ en su artículo 102 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y 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 de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

El Decreto 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, señala:

“ARTÍCULO 39.- De quienes no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejos, gerentes o directores. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de juntas o consejos directivos, ni, gerentes o directores de quienes:

- a) Se hallen en interdicción judicial;
- b) Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c) Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d) Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;
- e) Se hallaren en los grados de parentesco previsto en el artículo 80. de este Decreto;
- f) Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.”

“ARTÍCULO 50. DEL NUMERO DE JUNTAS O CONSEJOS A QUE PUEDEN ASISTIR LOS PARTICULARES. Los particulares no podrán ser miembros de más de dos (2) Juntas o Consejos Directivos de las entidades a que se refiere el presente Decreto.

“ARTÍCULO 89.- DE LAS INHABILIDADES POR RAZÓN DEL PARENTESCO. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.

ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICION 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.

ARTÍCULO 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquélla:

- a. Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;
- b. Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente Artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este Artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la Ley.

ARTÍCULO 23. DE LA APLICACION DE OTRAS NORMAS. Las inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades establecidas en el presente Decreto se consagran sin perjuicio de las previstas en otras disposiciones para las mismas personas o funcionarios.

Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En consecuencia, las restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

3) Cabe agregar, en relación al ejercicio de la actividad profesional, y a la celebración de contratos estatales con la respectiva entidad, que la Ley 1474 de 2011, dispuso:

“ARTÍCULO 3. PROHIBICIÓN PARA QUE EXSERVIDORES 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.

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."

De acuerdo con esta disposición, los ex servidores públicos, como el caso de los ex gobernadores y alcaldes no podrán durante los dos años siguientes a la dejación del cargo, prestar a título personal o por interpuesta persona servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto del organismo en el 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, prohibición que será indefinida en el tiempo, respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, no podrán suscribir contratos estatales los ex empleados públicos que ejercieron cargos en el nivel directivo de entidades del Estado, cuando el objeto que se desarrolle en el contrato tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Finalmente, le manifiesto que las inhabilidades de la Ley 80 de 1993 no son extensivas a los nombramientos de carácter ordinario regidos por una relación legal y reglamentaria con la Administración. Tampoco se extienden a los contratos que se celebren dentro del ámbito laboral de carácter privado.

4) La Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

"ARTÍCULO 41. Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

5) Sentencia Consejo de Estado Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 76001-23-31-000-2003-4377-01(3394)

"La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades.

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público. Incluso, el artículo 8º, parágrafo, del Decreto 1876 de 1994 señala que "La entidad territorial respectiva, a la cual esté adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, para los miembros de la misma que no sean servidores públicos. En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar". Ello muestra con claridad que algunos de los miembros de la Junta Directiva no son servidores públicos a quienes no se les remunera sus servicios con salario sino con honorarios.

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos.

En tal virtud, corresponde a la Sala averiguar si está demostrado en el proceso que, de un lado, el demandado fue miembro de la Junta Directiva de Hospital San Vicente Ferrer del Municipio de Andalucía y, de otro, si lo fue en calidad de servidor público o particular que representa gremios de la producción, alianzas o asociaciones de usuarios.

Ahora bien, tal y como lo certificó el Gerente del Hospital San Vicente Ferrer del Municipio de Andalucía, el señor Héctor Fabio Trujillo Salamanca "fue miembro de la Junta Directiva del Hospital San Vicente Ferrer en calidad de representante de la Asociación de Comerciantes y Empresarios Andaluces 'ASOCOEM', hasta el veintidós (22) de agosto de dos mil tres (2003), fecha en la que fue aceptada su renuncia" (folios 13 y 14 del cuaderno principal).

En este orden de ideas, está demostrado en el expediente que si bien es cierto el demandado fue miembro de la Junta Directiva del Hospital San Vicente Ferrer del Municipio de Andalucía, ese carácter no le dio la calidad de empleado público. Y, como la inhabilidad que invoca el demandante se refiere únicamente al ejercicio de autoridad como empleado público, resulta indudable concluir que el señor Trujillo Salamanca

no se encontraba incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, tal y como fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

A la luz de todo lo expuesto se concluye que el cargo no prospera. En consecuencia, de acuerdo con el Señor Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación, se confirmará la sentencia apelada.”

CONCLUSIONES:

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que revisadas las disposiciones en materia de inhabilidades e incompatibilidades, no se presenta ninguna prohibición por el hecho de haber sido gobernador o alcalde, para que una vez terminen sus periodo pertenezcan a consejos, juntas directivas de sociedades de economía mixta o establecimientos públicos o sean nombrados directores o gerentes de los mismos.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ 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.

Mercedes Avellaneda/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:42:45