



Función Pública

Concepto 84051 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000084051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000084051

Fecha: 19/05/2015 09:17:42 a.m.

Bogotá D. C.,

REF.: VARIOS. Acuerdo colectivo. Prestaciones sociales. Causales para dar terminado un contrato de un trabajador oficial. Docentes de hora cátedra. Inhabilidades e incompatibilidades. Rad. 2015206007503-2 del 22 de abril de 2015

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- Con respecto a la pregunta relacionada con la aplicación del acuerdo colectivo de los empleados públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional a los trabajadores oficiales vinculado mediante contrato de trabajo en esta misma entidad y que no se encuentran sindicalizados, se precisa lo siguiente:

A diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones y elementos salariales por medio de la presentación de pliego de peticiones y la suscripción de convenciones colectivas o pactos colectivos, los cuales hacen parte de su contrato de trabajo. Por tal razón, a través de la celebración de convenciones colectivas, los trabajadores oficiales pueden fijar sus condiciones de trabajo, entre ellas su remuneración.

Para mayor ilustración, a continuación se enunciarán las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

- El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un Trabajador Oficial suscribe un contrato de trabajo;

- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los Trabajadores Oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. [3135/68](#))

- El régimen jurídico que se aplica a los Empleados Públicos es de derecho público y las controversias que se suscitan con la Administración

deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los Trabajadores Oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

- Con respecto al tema de fuero sindical, es importante señalar que el artículo 39 de la Constitución Política no hace diferenciación en esta materia y extiende este derecho a empleados y trabajadores. Según la Ley 362 de 1997, “Por la cual se modifica el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral”, la jurisdicción del trabajo conoce, entre otros, de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos.

En resumen, el empleado público se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto se concreta en el nombramiento y la posesión. En esta modalidad el régimen del servicio está previamente determinado en la ley; por regla general el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro se rigen por el sistema de carrera administrativa. De otra parte, el trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales. La relación laboral del trabajador oficial con la administración tiene implicaciones bilaterales, esto es, significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo, la jornada laboral, los salarios, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

Frente a los acuerdos colectivos con los empleados públicos se precisa que de conformidad con lo establecido en el Decreto 160 de 2014, “Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”, una de las reglas de aplicación del mismo es el respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas.

Con respecto al ámbito de negociación en materia salarial y prestacional, el Decreto 160 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, consagra:

“ARTÍCULO 1°. *Objeto.* El presente Decreto tiene por objeto regular el procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos. (...)”

“ARTÍCULO 5°. *Materias de negociación.* Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y
2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;
2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;
3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;

4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;

5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República.”

De conformidad con lo previsto en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Gobierno Nacional la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; competencia que el Gobierno Nacional ha venido ejerciendo a través de diferentes actos administrativos.

Concretamente frente a la primera inquietud, esta Dirección considera necesario precisar que las organizaciones sindicales de empleados públicos no suscriben “convenciones colectivas”. Los que las pueden suscribir, son los trabajadores oficiales. Aun así, los empleados públicos llegan a acuerdos colectivos con la Administración, éstos acuerdos no son extensibles a los trabajadores oficiales, toda vez que ellos cuentan con sus propios mecanismos legales para negociar sus condiciones de servicio, como se indicó atrás indicado.

2.- Con respecto al régimen legal en materia prestacional de los trabajadores oficiales, le informo lo siguiente:

Frente a la definición de prestación social, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

PRESTACION SOCIAL: es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de julio 18 de 1995.)

Como se señaló en el primer punto, a diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones y elementos salariales por medio de la presentación de pliego de peticiones y la suscripción de convenciones colectivas o pactos colectivos, los cuales hacen parte de su contrato de trabajo. Por tal razón, los trabajadores oficiales se rigen por dicho contrato, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo si los hay, y por lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere.

El Decreto 1919 de 2002, que fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, establece:

“ARTÍCULO 1o. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.”

“ARTÍCULO 4o. El régimen de prestaciones sociales mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este

decreto será, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.”

De conformidad con dichas disposiciones, se señaló en la Circular 001 de 2002, modificada por la Circular 0013 de 2005, proferidas por este Departamento Administrativo, que en virtud del Decreto 1919 y a partir del 1º de septiembre de 2002, fecha en la cual entró en vigencia, los empleados del nivel territorial, tendrán derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales; las que se establecen como un derecho mínimo para los trabajadores oficiales, por cuanto pueden ser sobrepasadas, en virtud de lo que se prevea por el contrato de trabajo y demás mecanismos laborales que lo integran, así:

- a) Vacaciones,
- b) Prima de vacaciones,
- c) Bonificación por Recreación,
- d) Prima de navidad
- e) Subsidio familiar
- f) Auxilio de cesantías
- g) Intereses a las cesantías (En el régimen con liquidación anual)
- h) Dotación de Calzado y vestido de labor
- i) Pensión de jubilación
- j) Indemnización sustitutiva de Pensión de jubilación
- k) Pensión de sobrevivientes
- l) Auxilio de enfermedad
- m) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional
- n) Auxilio funerario
- Ñ) Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.

o) Pensión de invalidez

p) Indemnización sustitutiva de Pensión de invalidez

q) Auxilio de maternidad

Cada una de las anteriores prestaciones sociales debe ser liquidada con base en los factores para ellas establecidas, por lo que se debe verificar en cada caso, la respectiva disposición del Decreto 1045 de 1978.

Estos mínimos pueden ser mejorados entre las partes en el contrato laboral de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. En tales documentos se señalará igualmente todo lo relacionado con la relación laboral, derechos, deberes, salarios, prestaciones sociales, causales para la terminación del contrato, entre otros aspectos. De no haberse señalado nada sobre alguno de los aspectos deberán remitirse a las normas anteriormente citadas.

3.- Con respecto a las causales para terminar contratos de trabajo de trabajadores oficiales, le informo lo siguiente:

El régimen para las personas vinculadas por contrato, es el estatuto del trabajador oficial, que se le aplica durante todo el tiempo de permanencia; su desvinculación se rige por la convención colectiva, si la hubiere y por la legislación correspondiente a la contratación oficial, contenida en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 del mismo año; es decir que los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo sino por las normas especiales citadas, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere.

El Decreto [2127](#) de 1945, “por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general”, señala:

“ARTÍCULO 47. El contrato de trabajo termina:

a. Por expiración del plazo pactado o presuntivo;

b. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.

c. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;

d. Por mutuo consentimiento;

e. Por muerte del asalariado;

f. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3o. del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.

-

g. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50

h. Por sentencia de autoridad competente.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 48. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso:

-

Por parte del patrono:

1o. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión;

2o. Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador, durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los demás trabajadores del establecimiento o empresa.

3o. Toda falta de honradez y todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia, de sus representantes y socios, o de los jefes de taller, vigilantes o celadores.

4o. Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas;

5o. Todo acto inmoral que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o fuera de estos sitios, cuando revelen falta de honradez y sean debidamente comprobados ante autoridad competente;

6o. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

7o. La detención preventiva del trabajador, por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aún por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato, y

8o. Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29 o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se signa las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno. (...)” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 49. Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al período que regule los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período:

Por parte del patrono:

1o. La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido. Esta causal no podrá ser alegada después de sesenta días de iniciado el cumplimiento del contrato;

2o. La sistemática inejecución sin razones válidas por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales;

3o. Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina de la empresa;

4o. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas prescritas por los médicos de la empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes;

5o. La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el patrono quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales.

6o. Las demás que se hayan previsto, con esta modalidad, en la convención o en el reglamento interno. (...)” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 50. También podrán las partes reservarse la facultad de terminar unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso dado a la otra con una antelación que no podrá ser inferior al período que, de conformidad con el contrato o el reglamento interno, o con la costumbre de la región, regule los pagos del salario. Esta reserva solo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma. Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período”. (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 51. Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar. “

De conformidad con lo anterior, la desvinculación del trabajador oficial se rige por el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno y las normas citadas anteriormente.

Para el caso en consulta, la entidad deberá establecer si la causal para la terminación unilateral de un contrato de trabajo de un trabajador oficial se encuentra enmarcada en alguna de las justas causas para dar por terminado el contrato laboral, establecida en el contrato de trabajo, en la convención colectiva, en el reglamento interno o en las normas citadas. Así mismo, deberá acudir a estos instrumentos con el fin de establecer la procedencia de pagar una indemnización por causa de la terminación del contrato laboral.

4.- Frente a la inquietud relacionada con la vinculación del personal docente de hora cátedra, le informo lo siguiente:

En Sentencia C-517 de 1999, respecto a la naturaleza jurídica de la vinculación de los docentes hora cátedra en las entidades del Estado preceptuó:

“Consideró entonces que, si en realidad las funciones y condiciones de trabajo de los profesores hora cátedra son similares a las de aquellos que laboran para la institución por tiempo completo o medio tiempo, distintas únicamente en cuanto al tiempo de dedicación, es evidente que los primeros tienen también con la institución una verdadera relación laboral como quiera que prestan un servicio personal, obtienen a cambio una remuneración y existe una continua y notoria subordinación. Esta última, materializada en el cumplimiento de horarios, en la asistencia obligada a reuniones y en la práctica de evaluaciones, de acuerdo a lo expresado por el respectivo reglamento.

En consecuencia, concluyó la Corporación que permitir la vinculación de los profesores hora cátedra a través de la modalidad del contrato civil de prestación de servicios, rompe con los principios constitucionales de igualdad, justicia y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, predicables de todos los trabajadores sin discriminación alguna.

En este sentido, anotó la Corte:

"En efecto, como se ha sostenido anteriormente, estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento.

"Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio." (Negrillas fuera de texto original).

Recapitulando, esta Corporación, en la precitada Sentencia C-006/96, dejó sentado que los establecimientos de educación superior no pueden vincular profesores hora cátedra a través de contrato civil de prestación de servicios, pues la relación que existe entre éstos y la respectiva institución es eminentemente laboral y cumple fielmente las condiciones o requisitos del contrato realidad. Ello impide, en consecuencia, cualquier restricción a sus derechos constitucionales y legales, particularmente, los derivados de las prestaciones sociales, que por razón del carácter transitorio de la actividad académica desarrollada, deben reconocerse en proporción al tiempo de servicio.

La misma Corporación en Sentencia C-399 de 2007, expresó:

"En relación con esta materia es oportuno indicar que la Ley 30 de 1992, por la cual se organiza el servicio público de la educación superior, contempló que la vinculación de los profesores hora cátedra, tanto en el sector oficial (Art. 73) como en el sector privado (Art. 106) podría hacerse mediante contrato de prestación de servicios, que se celebraría por períodos académicos. Las expresiones pertinentes de dichas disposiciones fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en virtud de las Sentencias C-006 de 199 y C-517 de 199, respectivamente, en cuanto a la luz de la Constitución es imperativo que se celebre un contrato de trabajo". (Resaltado es nuestro)

El Consejo de Estado en concepto Radicación número 880 del 27 de agosto de 1996, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, respecto a la forma de vinculación de los docentes de hora cátedra, señaló:

"La Sala Considera:

2. Lo anterior debe armonizarse con el artículo 123 de la misma Carta según el cual los servidores públicos se clasifican en tres categorías:

- a) Los miembros de corporaciones públicas;
- b) Los empleados públicos;
- c) Los trabajadores oficiales.

La propia Carta agrega a este respecto que los servidores públicos, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento.

Precisamente el artículo 73 de la Ley 30 de 1992 en desarrollo de la norma constitucional fija la naturaleza del cargo de "profesor cátedra" al disponer que "no es empleado público ni trabajador oficial". La misma norma consideraba al profesor de cátedra como simple contratista; agregaba que su "vinculación a la entidad pública docente y sus servicios se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos". Esta última parte del artículo 73 fue declarada inexequible por la Corte Constitucional como se anotó.

"(...)"

4. Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C - 006 - 96 de enero 18 de 1996, ha sostenido:

"...Estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento.

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconoce - ría el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio. Por tanto se declarará también la inexequibilidad por unidad normativa del aparte del artículo 73 de la misma ley".

Lo anterior quiere decir que quienes laboran como profesores de cátedra lo hacen con fundamento en una relación laboral que causa, además de la remuneración correspondiente, las prestaciones sociales respectivas por el trabajo desempeñado."

Si bien los tipos de vinculación y contractuales les corresponde definirlos a cada entidad conforme sus competencias, se sugiere que sobre el tipo de vinculación del personal de hora cátedra se tengan en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que se han dejado indicados.

5.- Frente al alcance de artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", la cual modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, le informo que dicha disposición señala lo siguiente

"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, y señaló lo siguiente:

"Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, *prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar 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: (P2)*

En relación con la finalidad, la utilidad y la necesidad de las medidas objeto de análisis ya se pronunció la Corte en la citada sentencia C-893 de

2003.

Pero, ahora, corresponde revisar si la definición de un plazo de dos años comporta; desde una perspectiva constitucional, una restricción razonable respecto de los beneficios que estas medidas prohibitivas buscan. En términos de la propia Corte, si el daño que eventualmente se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos afectados por la norma acusada, es superior al beneficio constitucional que la norma pretende alcanzar.

El criterio que sirvió de fundamento al legislador para adoptar una ampliación del plazo señalado no fue otro que el de garantizar con mayor énfasis el interés general, el cumplimiento de la función administrativa y de manera concreta los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo había precisado la Corte en la sentencia C-893 de 2003 y, en consecuencia, en el marco de una política de Estado orientada a la lucha contra la corrupción, era necesario ampliar por un año más el término durante el cual habrían de regir las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstas para los servidores públicos al dejar sus cargos y expresamente en las hipótesis ya señaladas.

No escapa a la consideración de la Corte que la ampliación de este término, como se señaló, implica un régimen más estricto y por tanto más restrictivo para los servidores públicos en la perspectiva de sus derechos constitucionales al trabajo, libertad de escoger profesión, arte u oficio y a la igualdad. Sin embargo no es menos cierto que la decisión adoptada dentro del margen de configuración que la jurisprudencia ha reconocido al legislador en esta materia, no desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si el tema se mira en el balance necesario entre los fines legítimos propuestos y la restricción de los derechos por un plazo de dos (2) años.

Para la Corte ninguna de las hipótesis restrictivas miradas desde el punto de vista del plazo de dos años de duración de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos que han dejado el cargo, resultan manifiestamente desproporcionadas o irrazonables, pues no solo no implican una negación del derecho, toda vez que la restricción no se establece como permanente, vale decir que no afecta el núcleo esencial de los derechos en juego, sino que no limitan la posibilidad de acceso a otros escenarios laborales por fuera de la disposición.

En relación con el punto concreto del examen necesidad de la medida, vale decir si es un mecanismo útil y que contribuye claramente al fin constitucional perseguido (bien jurídico), la Corte admite que la medida es debatible, dado que, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, existen en el ordenamiento jurídico otras disposiciones que lograrían la misma finalidad, sin afectar el derecho fundamental al trabajo y a la libertad -de escoger profesión, arte u oficio.

Lo que la Corte debe hacer en este caso, dado el grado de libertad que se reconoce al legislador en esta materia es un control de excesos y, desde esa perspectiva, lo que encuentra es que la medida sub-examine no es manifiestamente innecesaria.

En efecto:

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.

Se reitera en esta oportunidad que la decisión del legislador en este punto resulta perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan la función pública de los cuales surge la necesidad de establecer una clara separación entre los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas.

De tal suerte que las restricciones en sí mismas consideradas y la ampliación del término a dos años, consultan un principio de razón suficiente y supera el test de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que la restricción a los derechos resulta menor que el beneficio constitucional que pretende la medida y que se enmarca en la dirección de los principios esenciales de la función pública señalados en el artículo 209 superior.

En el examen de la proporcionalidad de la norma debe considerarse que esas restricciones y el plazo de su vigencia, se afianzan constitucionalmente también en los derechos que los ciudadanos tienen a que la función pública se cumpla en los términos que la Carta establece, es decir a que el poder que entraña dicha función sea reglado, limitado, transparente, imparcial e igual para todos, principios y fines que no se lograrían cabalmente si no se establecen las restricciones señaladas con el contenido material y por el término previstos en las normas demandadas.

Tales supuestos no se alcanzarían en el grado que es deseable para el correcto y transparente ejercicio de la función pública, si se admitiera que los mecanismos previstos en la ley penal al tipificar diversas conductas contra la administración pública, o la determinación del catálogo de deberes de los servidores públicos previstos en el Código Disciplinario, o las garantías de imparcialidad reguladas en el Código Contencioso Administrativo, son suficientes. La medida examinada no es claramente innecesaria, pues constituye una estrategia es legítima, específica y complementaria a las demás disposiciones del ordenamiento que se orientan a la misma finalidad.

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.

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, *en asuntos relacionados con funciones propias del cargo*, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto *en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo*, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma."

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, 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.

Para el caso concreto, en criterio de esta Dirección la prohibición solamente aplicaría para que el ex servidor preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, 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.

En criterio de esta Dirección, en tratándose de militares retirados del servicio activo, que han ocupado varios cargos durante la carrera militar, se entiende que son funciones propias del cargo, las propias que se encuentran en el manual de funciones y de competencias laborales del último cargo desempeñado.

En cuanto a los militares retirados del servicio activo, se entiende por “organismo, entidad o corporación” las entidades que hacen parte del sector central y descentralizado del sector Defensa.

6.- Con respecto a la inquietud sobre la posibilidad de que un oficial o suboficial retirado que se encuentre devengado la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado, en cumplimiento del artículo 164 del Decreto ley 1211 de 1990, puede suscribir un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal y recibir honorarios en cumplimiento del citado contrato, me permito señalar lo siguiente:

La Constitución Política señala:

“ARTÍCULO. 128. 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.”

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

“ARTÍCULO. 19.- 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 benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

-

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”
(Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, mediante la cual se declara la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, relativo a las excepciones a la prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación del tesoro público- art. 128 C.P., expresó:

“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo.” (Subrayado fuera de texto)

Igualmente, con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la C.P, expresó:

“Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.”

La misma Corporación, en el citado concepto 1344 de 2000, sobre la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, da alcance al artículo 128 de la Constitución Política, para responder la consulta sobre si los pensionados, pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público, expresando, en algunos de sus apartes lo siguiente:

“...”

“Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario

de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

"... la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley." (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado responde la consulta, en los siguientes términos:

"1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos -sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

2. y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público"

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección, un oficial o suboficial retirado que se encuentre devengado la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado, en cumplimiento del artículo 164 del Decreto ley 1211 de 1990, no está inhabilitado para percibir otra asignación del Tesoro Público, derivada de la celebración de un contrato de prestación de servicios con entidades del Estado.

A manera de orientación, me permito remitirle copia de los conceptos emitidos por el Ministerio de la Protección Social Nos. 2145 del 27 de Julio de 2005 y 161550 del 29 de mayo de 2009, en ocho (8) folios, en los cuales se hace un análisis sobre la contratación del pensionado y su afiliación a pensiones.

Frente a la inquietud relacionada con la existencia de alguna inhabilidad o incompatibilidad para contratar con los militares retirados del servicio activo, que en cumplimiento del artículo 164 del Decreto ley 1211 de 1990, se encuentren dados de alta por un lapso de tres (3) meses contados a partir de la fecha del retiro, en la respectiva Contaduría, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales.

El Decreto ley 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, señala:

"ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

"ARTÍCULO 164. TRES MESES DE ALTA. Los Oficiales y Suboficiales que sean pasados a la situación de retiro temporal o absoluto con quince (15) o más años de servicio o con derecho a pensión de invalidez, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha que se cause la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Decreto devengarán la totalidad de los haberes de actividad correspondientes a su grado. Tal período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales."

Tal período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales y en consecuencia, como sigue vinculado al servicio no pierde su calidad de servidor público.

De otra parte, la Constitución Política de Colombia:

"ARTÍCULO 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. (...)" (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos. (...)"

De acuerdo con las normas anteriormente señaladas, los servidores públicos están impedidos para celebrar contratos con entidades del Estado ya que infringirían lo establecido en la Constitución Política.

En ese sentido, esta Dirección considera que los militares retirados del servicio activo, que en cumplimiento del artículo 164 del Decreto ley 1211 de 1990, se encuentren dados de alta por un lapso de tres (3) meses contados a partir de la fecha del retiro, en la respectiva Contaduría, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales aún conservan su calidad de servidores públicos, y en consecuencia, se encuentran inhabilitados para 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.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del Código de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

Anexo: Lo enunciado

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:00:51