

CONCEPTO 38410 DE 2020

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Asunto: Respuesta prestación de servicios o labores de servidor (a) público (a) en empresa o entidad privada

Estimada xxx:

Mediante comunicación de fecha 5 de noviembre de 2020 radicada con el número 52-1-2020-001749 consulta sobre “si ¿existe inhabilidad o incompatibilidad o prohibiciones para que un funcionario público del SENA pueda suscribir contrato de prestación de servicios con una entidad de carácter privado?” Al respecto de manera comedida le informo:

FUNDAMENTOS NORMATIVOS

1°. SERVIDORES PÚBLICOS

En la Constitución Política vigente la noción de servidor público aparece en diferentes preceptos superiores (artículos [6](#), [122](#), [123](#), [124](#), [125](#), [126](#), [127](#) y [129](#)), de donde surge la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica subordinación laboral.

Según el artículo [123](#), "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

El artículo [125](#) a su turno establece: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"

Así pues, dentro del género "servidor público", conforme con la Constitución, se encuentran diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Ahora bien, la Ley [909](#) de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, en su artículo [1](#) señala: “Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad”.

El Decreto [1083](#) de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” sobre los tipos de servidores públicos establece:

“ARTÍCULO [2.2.5.1.3](#). Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y demás entidades públicas, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser

desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos”.

2. INHABILIDAD PARA RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO

El artículo [128](#) de la Constitución dispone: “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.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

La Ley [4](#) de 1992 “por medio de 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” en su artículo [19](#) prevé:

“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. Exceptúense 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.

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

3º. INHABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS PARA CELEBRAR CONTRATOS CON ENTIDADES ESTATALES

La Constitución Política establece en su artículo [127](#):

“ARTÍCULO [127](#). Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. 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 (...)”. (Subraya fuera del texto original).

A su turno, la Ley [80](#) de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece:

“ARTÍCULO [8](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

f) Los servidores públicos. (...)” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

4°. DEBERES Y PROHIBICIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El Decreto ley [2400](#) de 1968, “por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, señaló:

“ARTICULO [6](#). Son deberes de los empleados

(...)

9. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas...”

“ARTÍCULO [8](#). A los empleados les está prohibido

Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)”

La Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario Único consagra en su artículo [34](#) los deberes de los servidores públicos

“Artículo [34](#). Deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales...”

El mismo Código Disciplinario Único en su artículo [35](#) señala las prohibiciones de los servidores públicos:

“Artículo [35](#). Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

ANÁLISIS JURÍDICO

El artículo [128](#) de la Constitución Política en armonía con el artículo [19](#) de la Ley 4 de 1992 consagra la prohibición para que los servidores públicos reciban más de una asignación del Tesoro Público, prohibición que está íntimamente relacionada con el ejercicio de cargos en el sector público que impliquen el pago de sueldos, prestaciones sociales y cualquier otro emolumento o remuneración provenientes del tesoro público.

De igual manera, el artículo [127](#) de la Constitución y el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993 establecen que los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otra persona, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Por su parte, el Código Disciplinario Único (artículo [34](#) numeral 11) señala que los servidores públicos están en la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales, deber este que también lo consagra el Decreto Ley 2400 de 1968 (artículo [6](#)).

Estos deberes están estrechamente ligados con la prohibición que el propio Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002 – artículo [35](#) numeral 14) establece en cuanto a los servidores públicos les está prohibido desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Ahora bien, frente al tema sub examine, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha señalado:

Concepto 147941 de 2016

“ (...)

Conforme lo anterior, las inhabilidades 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, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección considera que no existe impedimento para que un servidor público celebre un contrato laboral con una entidad privada que no maneje recursos públicos, siempre y cuando no preste a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad pública donde labora, ni preste servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado.

Igualmente es importante señalar, que las funciones que desarrolle en la entidad de carácter privado, no deben realizarse en horas laborables; en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como empleado público”.

Concepto 72741 de 2018

“ (...)

2.- En virtud de la incompatibilidad establecida en el artículo [128](#) de la Constitución Política y de la prohibición contenida en el numeral 14 del artículo [35](#) de la Ley 734 de 2002, un empleado público no podría prestar sus servicios en otra entidad del Estado, así no reciba ninguna contraprestación económica por sus servicios.

Por el contrario, se considera procedente que un empleado público preste sus servicios profesionales por fuera del horario habitual de la entidad, así no reciba ninguna contraprestación económica por sus servicios, siempre y cuando dicha labor la realice en una empresa privada, caso en el cual no se genera ninguna incompatibilidad.

3.- En lo que respecta a prestar servicios en una entidad privada por fuera del horario habitual de trabajo pero en actividades relacionadas con las funciones que desempeña en la entidad pública, se considera que el empleado no estaría incurso en una incompatibilidad o inhabilidad, por cuanto no existe norma que así lo consagre”.

Concepto 137281 de 2019 (citado en su comunicación)

“ (...) Así las cosas, y una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas, entre otras, en los artículos [122](#), [126](#), [127](#), [128](#), [129](#) de la Constitución Política; el artículo [38](#) de la Ley 734 de 2002; así como el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que un empleado público (distinto de los abogados) pueda prestar sus servicios de manera particular o en entidades del sector privado, siempre que no se trate de asuntos relacionados con las funciones propias de su empleo y que en todo caso, los servicios los preste el empleado fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como empleado público”.

CONCLUSIÓN

De lo antes expuesto se puede concluir que no existe prohibición o impedimento para que un servidor público pueda laborar o prestar sus servicios, remunerados o no, en empresas o entidades de carácter privado, siempre y cuando (i) dichas labores o servicios sean prestados fuera de la jornada laboral establecida en el organismo u entidad pública, (ii) no se ejecute o preste asesoría en asuntos propios del cargo que ocupa en la entidad pública, (iii) La entidad o empresa privada no maneje o administre recursos públicos.

Finalmente consideramos que el servidor público o la servidora pública no tienen el deber de informar a la entidad pública donde labore sobre su vinculación con una entidad o empresa privada, mientras no concurran o llegaren a ocurrir los supuestos fácticos antes indicados.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

En los anteriores términos se da respuesta concreta, congruente y oportuna a su consulta.

Cordial saludo,

ANTONIO JOSÉ TRUJILLO ILLERA

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

