

ESTATUTO DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS NACIONALES – Marco normativo existente a la expedición del Decreto ley 128 de 1976

[E]l Decreto Ley 3130 de 1968, - estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional (...) se refería a dos situaciones: (i) el ejercicio de funciones y (ii) el retiro, para establecer, respecto de ambas, la prohibición de prestar servicios profesionales. Las dos situaciones en comento aluden, sin duda, a dos de los modos de vincularse al servicio público: la relación legal y reglamentaria, por la cual se ejercen las funciones de un empleo público – para el caso el de director o gerente de entidad descentralizada -, y el contrato de prestación de servicios profesionales que para la época, era uno de los contratos típicos del derecho público, de acuerdo con la Ley 167 de 1941. Téngase presente que la Ley 167 no incluía disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para la celebración de contratos, las cuales estaban reguladas en los Decretos leyes 3130 ya citado y especial, y 2400 aplicable a los empleados oficiales como norma general. 3. En efecto, el Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 9º, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 prohibió, a todos los empleados públicos, «prestar a título particular, servicios de asesoría o de asistencia relacionados con las funciones propias del empleo». El Decreto reglamentario 1848 de 1969, artículo 1º, definió como «empleado público» a la persona natural vinculada por una *relación legal y reglamentaria* a los organismos y dependencias “definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968». En consecuencia, al señalar a los empleados públicos como destinatarios de la prohibición de «prestar servicios» relacionados con las funciones de su empleo, los Decretos Leyes 2400 y 3074, solo podían hacer referencia a la celebración de contratos de servicios personales o a la realización de gestiones a nombre propio o de terceros, sin que por “prestación de servicios” pudiera entenderse el ejercicio mismo del empleo público, pues se trataría de una hipótesis contradictoria. Los Decretos 2400 y 3174, en los artículos citados también prohibieron a quien “había sido empleado público”, o sea, a quien se desvinculaba de un empleo público, (i) gestionar directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo – prohibición sin límite temporal -; y (ii) actuar, para sí o para terceros, ante la dependencia en la que fue empleado público – prohibición para el año siguiente al retiro del empleo -. Es claro que la hipótesis de las normas conduce a que las dos prohibiciones se entiendan circunscritas a servicios personales prestados bajo modalidades diferentes a la relación legal y reglamentaria pues si esta estuviera presente no se trataría de una persona retirada del servicio sino de un empleado público activo.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 3130 DE 1968 / LEY 167 DE 1941 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 / DECRETO REGLAMENTARIO 1848 DE 1969 / DECRETO LEGISLATIVO 1050 DE 1968

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Alcance de la prohibición relacionada con miembros de Juntas y Consejos de entidades descentralizadas / RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA – No está incluida en la prohibición de prestar servicios profesionales del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 / CONCEPTOS PRECEDENTES - Reconsideración

[L]a revisión del texto del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 permite concluir, de acuerdo con su tenor literal: (i) En la legislación existente en dicho año 1976 cuando fue expedido, la expresión «prestar servicios profesionales» solamente se

refirió a la celebración del contrato en mención, para prohibirla a los miembros de las juntas o consejos directivos y a los gerentes y directores de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades poseyeran el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, durante el año siguiente a su retiro, tanto con la respectiva entidad como con las demás que integraran el respectivo sector administrativo. (ii) La prohibición de prestar servicios profesionales bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria no puede entenderse incorporada en el artículo 10 en comento para los miembros de las juntas o consejos directivos, porque resultaría absurda para quienes fueran empleados públicos y restrictiva de los derechos de los particulares. (iii) Respecto del director o gerente, el artículo 10 en cita estableció la prohibición únicamente para el año siguiente a su retiro y no para la época comprendida por la expresión «durante el ejercicio de sus funciones». (iv) La prestación de servicios en las normas sobre contratación administrativa reseñadas atrás, era el objeto de un contrato típicamente administrativo. Debe agregarse que si bien el actual estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) no contempla los anteriores criterios de contratación de derecho público y de derecho privado de la administración, sí continúa tratando como figura típica el contrato de prestación de servicios, como se analiza más adelante. También incluye, en el artículo 8º, numeral 2º, literal a), como incompatibilidad para celebrar contratos estatales (...) A lo cual debe agregarse la expresa prohibición de celebrar el contrato estatal en comento y cualquier otro tipo de contrato, así como gestionar asuntos relacionados con su cargo, en los términos de las disposiciones disciplinarias vigentes y de la Ley 1952 próxima a regir. Pero además (...) la fuente constitucional y los desarrollos legales diversos de las figuras del ejercicio de funciones públicas bajo la relación legal y reglamentaria y del ejercicio profesional bajo la modalidad de contrato estatal, ratifican la conclusión de la Sala y fundamentan la reconsideración de los conceptos precedentes

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 128 DE 1976 – ARTÍCULO 10 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

PROHIBICIÓN RELACIONADA CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Interpretación aplicable respecto de los miembros de Juntas y Consejos de las entidades descentralizadas

[E]xisten diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y reglamentaria (...) la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva. Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna. Por tanto la norma debe ser interpretada bajo la óptica de que lo proscrito es que miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores de los mismos establecimientos públicos dentro del año siguiente a su retiro, celebren contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector administrativo al que aquellos pertenecen. Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los exmiembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades

descentralizadas y en las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 128 DE 1976

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-06000-2018-00160-00(2395)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicita que se revisen los conceptos 1941 de 2009 y 2187 de 2014 relacionados con la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 para los directores y miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas, consistente en que no podrán prestar servicios profesionales durante el año siguiente a su retiro.

I. ANTECEDENTES

Explica la entonces Directora que en los conceptos anotados, la Sala señaló que «*[l]a prohibición de prestar servicios profesionales contemplada en el artículo 10 del Decreto-Ley 128 de 1976, se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria con el Estado como a la de contrato de prestación de servicios con una entidad pública*».

Considera que la prohibición debe dirigirse a impedir el aprovechamiento indebido y privado de la información a que se ha tenido acceso en razón de la participación en la Junta o Consejo Directivo o por el ejercicio del cargo de Director, más no para evitar que se puedan vincular nuevamente al servicio del Estado durante el término de la restricción.

Así las cosas:

«(...) solicita de manera respetuosa a la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil, revisar el alcance de la prohibición de “prestar servicios profesionales” consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, cuyo alcance se fijó en los conceptos Nos. 1941 de 2009 y 2187 de 2014, en razón a que se considera que la finalidad de la norma es evitar gestionar intereses particulares y no evitar que un ex servidor público se vuelva a vincular con una entidad pública a través de una relación legal o reglamentaria, por cuanto el mismo Estado se favorece y beneficia con sus conocimientos.»

II. CONSIDERACIONES

Para atender la solicitud, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) el concepto 1941 de 2009; ii) el concepto 2187 de 2014; iii) la sentencia de la Sección Quinta

del Consejo de Estado del 24 de junio de 2004; iv) el ordenamiento constitucional y legal vigente en 1976 y el vigente a partir de la Constitución de 1991, referente a la materia del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976; v) el derecho a desempeñar cargos públicos; vi) la vinculación legal y reglamentaria; vii) la libertad de elegir profesión u oficio y el derecho a su ejercicio; viii) la prestación de servicios profesionales; y ix) el caso concreto.

A. El concepto 1941 de 2009

En dicha ocasión la Sala se ocupó de una consulta del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Anotó el Director que según la jurisprudencia de la Sección Quinta, y en particular la sentencia del 20 de febrero de 1996, expediente 1513, «las inhabilidades son de aplicación restrictiva y de interpretación favorable».

«Las causales de inhabilidad son conductas anteriores a la elección que vician la misma, porque así lo considera la ley, mientras que las incompatibilidades como las inhabilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo. Por razón de su naturaleza excepcional tanto las incompatibilidades como las inhabilidades son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía¹».

Asimismo destacó que si bien la Sección Quinta de esta Corporación en sentencia del 24 de junio de 2004² decretó nula la vinculación legal y reglamentaria como Gerente Liquidador de Minercol «por cuanto este fue designado un día después de haber renunciado a su cargo de Gerente de la misma (...) no es posible inferir las razones mediante las cuales se llegó a tal conclusión».

En consecuencia, preguntó:

«¿Los servicios profesionales a los que alude el artículo 10 del Decreto N. 128 de 1976, se refieren a aquéllos que se derivan de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, aquellos relacionados con un vinculación legal o reglamentaria o aquellos derivados de una vinculación contractual laboral, como serían la de los trabajadores oficiales? ¿Se refiere a todos ellos o, en caso negativo a qué tipo de vinculación se refiere la norma?»

Para el efecto, en el concepto se dijo que «la restricción, a que alude el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 se aplica en todos los casos».

Para arribar a tal conclusión la Sala explicó:

«2.3 *Quiere decir, entonces, que con el propósito de asegurar la plena vigencia de los principios de moralidad e imparcialidad en la función administrativa, los representantes legales y miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y 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 “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”. Así como “celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno”:*

-Durante el ejercicio de sus funciones.

¹ Sentencia del 20 de febrero de 1996, Expediente No. 1513, Actor Tito Londoño Suárez, C.P. Miren de Lombana de Magyaroff.

² Radicaciones 11001-03-28-000-2004-0017-01 (3246 y 3567). Laudelino Ávila Mora contra el Gerente Liquidador de Minercol Ltda. C.P. María Noemí Hernández Pinzón.

-Dentro del año siguiente a su retiro

- 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.

Siendo así y en consideración a la restricción establecida en el artículo 127 de la Carta Política y a la competencia atribuida por el ordenamiento constitucional al legislador para regular ampliamente la materia, habrá de entenderse que los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976, no hacen otra cosa que reiterar la previsión constitucional a cuyo tenor “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 (...)”.

El legislador ha señalado que la restricción debe extenderse por un año más, contado a partir de la fecha en que el representante legal o miembro de los consejos o juntas directivas de establecimientos públicos y empresas y sociedades estatales hicieron dejación del cargo, lo anterior, sin perjuicio del tipo de vinculación vigente o que se hubiere dado entre el funcionario y la entidad pública. (...)

2.5 *En síntesis, con el fin de rodear de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el ejercicio de las funciones públicas, el ordenamiento restringe el derecho de los representantes y miembros de los consejos y juntas directivas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y oficiales de servicios públicos domiciliarios 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, como específicamente lo señalan los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976.*

Lo anterior, sin perjuicio de la naturaleza contractual, legal o reglamentaria de la vinculación que se plantee con la entidad durante el año aludido. Dada la claridad y contundencia de los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976 no cabe en este caso plantear cualquier duda de interpretación que permita invocar el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.»

B. El concepto 2187 de 2014

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública explicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia del 24 de junio de 2004, Rad. No. 3246 (C.P. María Nohemí Hernández Pinzón), sostuvo que la prohibición de prestación de servicios profesionales establecida por el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 se refiere tanto a la modalidad de contrato de prestación de servicios como a la vinculación legal y reglamentaria con el Estado.

Sin embargo consideró que la aplicación de los principios constitucionales de eficacia, de economía y de celeridad «aconsejaría que si un funcionario vinculado mediante una relación legal y reglamentaria ha prestado sus servicios de manera idónea en un sector de la administración pública, debiera poder continuar haciéndolo en otra entidad del mismo sector».

Así las cosas, consultó:

«2) ¿La prohibición de prestar servicios profesionales, se refiere únicamente para celebrar contratos de prestación de servicios o también se extiende a la reglamentaria (sic) con el Estado?

3) *¿La norma impide que los directores de entidades descentralizadas se vinculen de forma legal o reglamentaria a los ministerios o departamentos administrativos que hagan parte del sector al que pertenecen?».*

Para responder se consideró:

«Concluyó la Sala, en coincidencia con la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia citada, que la prohibición para los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, así como para los gerentes, directores o presidentes de las mismas, consistente en prestar sus servicios profesionales, contemplada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria como a la de contrato de prestación de servicios con la entidad pública en la cual actúan o actuaron, o en otra del mismo sector administrativo. La Sala señaló incluso que dicha prohibición se refería también a la modalidad de una vinculación contractual laboral como es la propia de los trabajadores oficiales.

D. La prohibición de prestar servicios profesionales dentro del año siguiente al retiro

Las preguntas tercera y quinta de la consulta apuntan a determinar si los gerentes o directores de entidades descentralizadas se pueden vincular, dentro del año siguiente a su retiro, al ministerio o departamento administrativo del sector administrativo del cual haga parte la entidad, y concretamente si pueden ser nombrados viceministros de dicho ministerio.

El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 prohíbe que los gerentes o directores de las entidades descentralizadas determinadas en la parte inicial de este concepto, sean vinculados o ser nombrados, dentro del año siguiente a su retiro, en otra entidad del mismo sector administrativo, independientemente de haya sido un buen servidor público. Esta regla, que no prevé excepciones, debe ser aplicada en todo su rigor, pues para los efectos de su aplicación no admite consideraciones de oportunidad o conveniencia, es decir, no da margen para el ejercicio de la discrecionalidad.»

La Sala respondió que *«la prohibición de prestar servicios profesionales contemplada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria con el Estado como a la de contrato de prestación de servicios con una entidad pública.»*

Asimismo, que *«el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 prohíbe que los gerentes o directores de entidades descentralizadas, dentro del año siguiente a su retiro, se vinculen de forma legal o reglamentaria o celebren contrato de prestación de servicios con los ministerios o departamentos administrativos que hagan parte del sector administrativo al cual pertenecen aquellas entidades.»*

C. La sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 24 de junio de 2004

Este fallo, emitido dentro del proceso de nulidad electoral radicado con el número 11001-03-28-000-2004-0017-01(3246), reviste particular importancia para el presente concepto, toda vez que los pronunciamientos previos de esta Sala en buena medida basan sus conclusiones en lo que la Sección Quinta allí consideró.

En la señalada acción el actor alegó que quien se había desempeñado como Presidente de Minercol Ltda., no podía ser designado de manera inmediata Gerente Liquidador de la misma sociedad, pues se transgredía la prohibición del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

En la parte motiva de la providencia la Sección Quinta explicó:

«En cuanto al artículo 10º, el actor considera que éste prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de éste período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados. Por tal razón, a su juicio, el señor Juan Luis Velasco Mosquera no podía ser designado como gerente liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación antes de haber transcurrido dicho término.

Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, es evidente que el señor Juan Luis Velasco Mosquera se encuentra en la actualidad prestando sus servicios profesionales como liquidador designado mediante decreto, que corresponde a la primera de las vinculaciones antes descritas.

Así mismo, es claro que fue designado como tal inmediatamente después de su renuncia al cargo de presidente de Minercol Ltda.»

En consecuencia, el Consejo de Estado anuló el Decreto 295 del 29 de enero de 2004, mediante el cual había sido designado como Gerente Liquidador de Minercol Ltda. En liquidación, la misma persona natural que desempeñaba el cargo de Presidente al momento de la supresión de dicha sociedad.

De la lectura cuidadosa del fallo se desprenden 2 conclusiones:

(i) que para la Sección Quinta es «inequívoco» que a los gerentes y directores les está prohibido prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente a su retiro, y

(ii) que la Sección Quinta «entiende» que los servicios profesionales a que se refiere el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 son tanto los que obedecen a una situación legal y reglamentaria como los que se gobiernan por el contrato estatal de prestación de servicios.

Sin embargo, pese a la importancia de la sentencia, la Sala arriba a conclusiones diferentes como se explica en los siguientes acápite.

D. El ordenamiento constitucional y legal vigente en 1976 y a partir de la Constitución de 1991, en la materia de que trata el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976

1. El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 dispuso que los gerentes y directores de las entidades descentralizadas «no podrán prestar sus servicios profesionales» en la entidad a la que estuvieron vinculados ni en las del mismo sector administrativo, durante el año siguiente a su retiro.

2. Con antelación, el Decreto Ley 3130 de 1968, - estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional - había consagrado en el artículo 28³, a título de «incompatibilidad», lo siguiente:

«...los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos...»

Obsérvese que la norma se refería a dos situaciones: (i) el ejercicio de funciones y (ii) el retiro, para establecer, respecto de ambas, la prohibición de prestar servicios profesionales.

Las dos situaciones en comento aluden, sin duda, a dos de los modos de vincularse al servicio público: la relación legal y reglamentaria, por la cual se ejercen las funciones de un empleo público – para el caso el de director o gerente de entidad descentralizada -, y el contrato de prestación de servicios profesionales que para la época, era uno de los contratos típicos del derecho público, de acuerdo con la Ley 167 de 1941⁴.

Téngase presente que la Ley 167 no incluía disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para la celebración de contratos, las cuales estaban reguladas en los Decretos leyes 3130 ya citado y especial, y 2400 aplicable a los empleados oficiales como norma general.

3. En efecto, el Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 9º, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074⁵ prohibió, a todos los empleados públicos, «prestar a título

³ Para la época, los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 se ocupaban de la organización de la administración pública nacional, y categorizaban tres tipos de entidades descentralizadas: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. El Decreto Ley 3130 de 1968 era el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. El texto original del Artículo 28 era: “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, directores o presidentes de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales al respectivo organismo**, ni hacer por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con el mismo, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por la entidad a la cual sirven o han servido o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se haga a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores. / Tampoco podrán intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones y por razón de su cargo. / Parágrafo 1º.- No quedan cobijadas 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 todos los que los soliciten. Parágrafo 2º.- 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 incompatibilidades que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.” (Se destaca)

⁴ Cfr. Ley 167 de 1941 (diciembre 24) “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”. Artículo 254. “En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, **la prestación de servicios** o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad (...).”

⁵ Decretos leyes 2400 y 3174 de 1968 – administración del personal civil - . Artículo 9º. (Modificado por el decreto 3074 de 1968, Art. 1º) “En defensa de la economía del Estado, **les está prohibido a los empleados**: solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo; solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el Estado; **prestar, a título particular, servicios de asesoría o de asistencia en trabajos relacionados con las funciones propias de su empleo**; percibir más de una asignación del Tesoro Público, de acuerdo con lo establecido por el artículo 64 de la Constitución Nacional y el artículo 9º del Decreto 2285 de 1968; obtener préstamos y contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que se desempeña; intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a su favor, contraer habitualmente obligaciones de carácter económico superiores a sus posibilidades o que den lugar a embargos o reclamaciones justificados./ Parágrafo.

particular, servicios de asesoría o de asistencia relacionados con las funciones propias del empleo».

El Decreto reglamentario 1848 de 1969⁶, artículo 1º, definió como «*empleado público*» a la persona natural vinculada por una *relación legal y reglamentaria* a los organismos y dependencias “definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968».

En consecuencia, al señalar a los empleados públicos como destinatarios de la prohibición de «prestar servicios» relacionados con las funciones de su empleo, los Decretos Leyes 2400 y 3074, solo podían hacer referencia a la celebración de contratos de servicios personales o a la realización de gestiones a nombre propio o de terceros, sin que por “prestación de servicios” pudiera entenderse el ejercicio mismo del empleo público, pues se trataría de una hipótesis contradictoria.

Los Decretos 2400 y 3174, en los artículos citados también prohibieron a quien “había sido empleado público”, o sea, a quien se desvinculaba de un empleo público, (i) gestionar directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo – prohibición sin límite temporal -; y (ii) actuar, para sí o para terceros, ante la dependencia en la que fue empleado público – prohibición para el año siguiente al retiro del empleo -.

Es claro que la hipótesis de las normas conduce a que las dos prohibiciones se entiendan circunscritas a servicios personales prestados bajo modalidades diferentes a la relación legal y reglamentaria pues si esta estuviera presente no se trataría de una persona retirada del servicio sino de un empleado público activo.

4. Visto el marco legal existente cuando entró a regir el Decreto Ley 128 de 1976, es preciso transcribir de nuevo el artículo 10:

«De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece».

El texto permite hacer las siguientes observaciones:

a) La prohibición que establece se dirige a dos grupos de destinatarios que tienen regímenes diferentes:

(Modificado por el decreto 3074 de 1968, Art. 1º) ***El empleado público al hacer dejación de su cargo podrá por el término de un año*** gestionar directa o indirectamente a título personal en representación de terceros asuntos que tengan relación con negocios de que haya conocido en razón del desempeño de las funciones de su empleo. / La infracción a lo aquí dispuesto produce la nulidad de lo actuado e inhabilita a la persona para reingresar a la administración pública.”

⁶ Decreto 1848 de 1969 (noviembre 4), “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.” Derogado parcialmente por el Decreto 1083 de 2015, único reglamentario del Sector de la Función Pública. “Artículo 1º.- Empleados oficiales. Definiciones. 1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968. / 2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo./ 3. **En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público.** En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral”. (Se destaca).

(i) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Para la época -y actualmente- los consejos y juntas directivas de las entidades públicas se integran con empleados públicos y con particulares, por regla general; y entonces como ahora, los particulares no adquieren la calidad de empleados públicos pero ejercen funciones públicas cuando forman parte de esos órganos directivos.

En consecuencia, la prohibición de prestar servicios debe traducirse en la prohibición de celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales, tanto para los empleados públicos como para los particulares, y excluye naturalmente la relación legal y reglamentaria porque no podría prohibirla a quienes ya se regulan por ella y carecería de sentido referirla a los particulares.

(ii) Los directores o gerentes. Se trata de empleados públicos, como regla general, por tratarse de las entidades descentralizadas del nivel nacional bajo el régimen de los Decretos Leyes 1050, 3130 y 3135 del 1968.

b) El artículo 10 en comento, cuando se refiere a los miembros de las juntas o consejos directivos, extiende la prohibición de «prestar servicios profesionales» al tiempo del ejercicio de funciones y un año más a partir de su retiro. Con esta previsión cabe concluir que el legislador extraordinario se aseguró de que la prohibición se entendiera aplicable a todos los miembros del órgano directivo – empleados públicos o no -, durante el lapso anotado.

c) Para los directores y gerentes, que como empleados públicos se encuentran en la relación legal y reglamentaria, la prohibición se circunscribe al año siguiente al retiro del cargo, y en consecuencia claramente solo puede referirse a la celebración del contrato administrativo de prestación de servicios y no al vínculo laboral porque lo inhibiría.

d) En cuanto al contrato de prestación de servicios como contrato típicamente administrativo o de derecho público, después de la Ley 167 de 1941, los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 lo regularon de la misma manera.

Además, los decretos leyes en mención consagraron para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y para los empleados oficiales – expresión que incluye a los representantes legales de las mismas entidades, como regla general -, la prohibición (a título de incompatibilidad) de celebrar los contratos regulados en tales estatutos, o sea, también el de prestación de servicios.⁷

⁷ Decreto Ley 150 de 1976 (enero 27) “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”. Artículo 9º. *De las incompatibilidades. Sin perjuicio de las demás prohibiciones consagradas en otras normas, no podrán celebrar los contratos previstos en este Estatuto: 1º. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, Esta prohibición se extiende por todo el año siguiente a la fecha de su retiro, si se trata de la celebración de convenios con la entidad en la cual prestaron sus servicios o con organismos del sector administrativo al que la misma pertenece. / 2º Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de organismos descentralizados, mientras conserven tal carácter y un año después de su retiro con la entidad a cual prestan o prestaron sus servicios o con las que hagan parte del sector administrativo al que ésta pertenece. / Las personas a que se refiere el presente artículo no podrán en ningún momento contratar sobre asuntos o negocios de los cuales conocieron durante el ejercicio de sus funciones. an normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.” // Decreto Ley 222 de 1983 (febrero 2) “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.” Artículo 10. “De las incompatibilidades. Además de las prohibiciones consagradas en otras normas, no podrán celebrar contratos con las entidades a que se refiere este estatuto, por sí o por Interpuesta persona: 1. (...) 2. Los empleados oficiales. 3. Los miembros de las juntas o consejos directivos o asesores de organismos descentralizados mientras conserven tal carácter. Parágrafo. En el caso previsto en el numeral 3 la incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y los organismos del sector administrativo al que la misma está adscrita o vinculada.”*

Cabe entonces acudir a la regla de interpretación de la ley, incorporada como artículo 28 del Código Civil, según la cual:

«Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.»

De manera que, la expresión «prestar servicios profesionales» era el objeto de un contrato típico de derecho público y su uso en el Decreto Ley 128 de 1976 debía entenderse en el mismo sentido.

La conclusión de estos primeros comentarios es, en criterio de la Sala, que tratándose de los miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de sus gerentes y directores, la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 de «prestar servicios profesionales» se manifiesta necesariamente en la prohibición de celebrar el contrato que tuviera ese objeto y que estaba tipificado como administrativo o de derecho público en la legislación vigente para la época. Y que si comprendiera la relación legal y reglamentaria implicaría la negación del ejercicio del empleo público.

5. El asunto a partir de la Constitución de 1991

El artículo 123⁸ de la Constitución de 1991 introdujo la denominación «servidores públicos» para abarcar tanto a los empleados públicos y trabajadores oficiales tradicionales como a los miembros de las corporaciones públicas, respecto de los cuales, en su versión original, estableció vinculaciones con el Estado de naturaleza y régimen diferentes.

La prohibición que se estudia en este concepto fue recogida, para todos los servidores públicos, en el Código Disciplinario Único adoptado por la Ley 734 de 2002:

*«Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:
(...)*

*22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.
(...).»*

La sentencia C-893-03 declaró exequible el numeral transcrito,

«... en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, 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 organismo al que se haya estado vinculado»

⁸ Constitución Política, 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. / Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. / La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”*

Más adelante, la Ley 1474 de 2011⁹, conocida como «estatuto anticorrupción», en su artículo 3º modificó el artículo 35, numeral 22, de la Ley 734 y, en el artículo 4º adicionó las inhabilidades consagradas en la Ley 80 de 1993, en ambos casos respecto de ex servidores públicos, en razón de lo cual ha de entenderse, por supuesto, que se trata de prestación de servicios bajo modalidades distintas a la relación legal y reglamentaria:

«Artículo 3º. 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.

Artículo 4º. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adiciónase un literal f) al numeral 2 del artículo 8º 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.»

Asimismo, la Ley 1952 incorpora la prohibición que se estudia para todos los servidores públicos en la siguiente forma:

«Artículo 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

*21. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros; en asuntos que estuvieron a su cargo.
(...)»*

“Artículo 40. Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporados a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto intereses señalados en la Constitución y en la ley.”

⁹ 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”

*“Artículo 43. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:
(...)*

3. Para todo servidor público, contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales.»

La generalidad de los términos bajo los cuales se incorporan al Código General Disciplinario las prohibiciones, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés, predicables de todos los servidores públicos, así como el alcance que la Ley 489 de 1998 dio al Decreto Ley 128 de 1976, amerita las siguientes consideraciones adicionales por parte de la Sala.

En primer término cabe recordar que los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, que contenían la organización y el funcionamiento de la Rama ejecutiva en el nivel nacional, y particularmente el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas que bajo los tipos de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, fueron expresamente derogados por la Ley 489 de 1998¹⁰ que igualmente reguló, a la luz de la Constitución Política de 1991, la organización y el funcionamiento de la Rama Ejecutiva en los niveles nacional y territorial.

En segundo término, la Ley 489 dispuso también de manera expresa que el Decreto Ley 128 de 1976 continuaría formando parte del «régimen disciplinario de los miembros de los consejos directivos y de los representantes legales de los establecimientos públicos»:

*«Artículo 79. Régimen disciplinario de los **miembros de los consejos y de los representantes legales de los establecimientos públicos**. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, **para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976**, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.»* (Las negrillas son de la Sala)

Asimismo, la Ley 489 en cita, artículo 102, reiteró la remisión al Decreto Ley 128 de 1976 para todas las entidades descentralizadas y agregó las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios¹¹:

«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.»

¹⁰ Ley 489 de 1998 (diciembre 29) “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.” Artículo 121. “Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.”

¹¹ Ley 142 de 1994 (julio 11) “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.” Artículo 14. “Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 14.5. empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. (...)”

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

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

(ii) La prohibición de prestar servicios profesionales bajo la modalidad de relación legal y reglamentaria no puede entenderse incorporada en el artículo 10 en comento para los miembros de las juntas o consejos directivos, porque resultaría absurda para quienes fueran empleados públicos y restrictiva de los derechos de los particulares.

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

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

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

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

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

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

¹² Ley 80 de 1993 (octubre 28) "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" // Ley 1150 de 2007 (julio 16) "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos."

E. El derecho a desempeñar cargos públicos, la definición de empleo público y los modos de vinculación: relación legal y reglamentaria y contrato laboral

1. El derecho fundamental:

El artículo 40 de la Constitución Política establece:

«Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [REDACTED]

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.»

2. El empleo público

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispone:

«Artículo 19. El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” (...)»

Si bien es cierto ejercer cargos públicos es a todas luces un derecho, también se asumen importantes deberes, como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional:

*«(...) el funcionario, al momento de entrar a desempeñar sus funciones, debe manifestar bajo la gravedad de juramento el compromiso de cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, en lo referido a los deberes, obligaciones y demás asuntos propios del cargo que desempeña, la cual es una formalidad que pone de presente el deber de actuar conforme a los lineamientos dispuestos para el ejercicio de la función pública o para la **prestación del servicio público** al cual se compromete, por lo que como consecuencia de ese compromiso y en desarrollo del principio de legalidad, se le puede exigir al funcionario la conformidad de sus actuaciones con el*

*querer de la administración y, por ende, se le puede reprochar en caso de que por su parte se presente algún tipo de incumplimiento».*¹³ (Resalta la Sala)

Puede decirse que la actividad del servidor público tiene una connotación especial y es que de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, lo que significa que *«deben responder por el adecuado cumplimiento de las tareas que en beneficio de la comunidad decidieron asumir»*.¹⁴

Entonces, si bien es cierto que el servidor público aplica en su puesto de trabajo, entre otras capacidades, los conocimientos adquiridos en uno o varios procesos de formación profesional, debe entenderse que no lo hace en desarrollo del ejercicio de una profesión liberal, ni con prevalencia de un interés económico personal como trabajador por cuenta propia, sino dentro del marco de la teleología propia del cargo público al que acceden con el compromiso y el objetivo primordial de beneficiar a la Administración y a la comunidad.

De hecho, está sujeto a una serie de disposiciones impuestas por el ordenamiento jurídico que comprenden obligaciones, funciones y remuneración que no pueden ser negociadas, como sí es factible cuando se presta autónomamente un servicio profesional.

3. Los modos de vinculación y en particular la vinculación legal y reglamentaria

Tratándose de empleo público, el ordenamiento jurídico colombiano regula dos clases de vinculación, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: i) la vinculación legal y reglamentaria; ii) la laboral contractual.

La vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos.¹⁵

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁶ explica que *«para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al **servicio público** en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso), seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.»* (Negrilla fuera del texto)

En efecto, en la vinculación legal y reglamentaria, también conocida como estatutaria, la nota principal es *«que el régimen del servicio de la relación de trabajo, si se prefiere el término, está previamente determinado en la ley y, por tanto, no hay en principio posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones del empleo, ni fijar los alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.»*¹⁷

Además se trata del ejercicio de las funciones del cargo, para lo cual, sin duda se requieren los conocimientos y la experiencia que la ley y el reglamento determinen

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencia del 27 de septiembre de 2018. Radicación 2010-90152.

¹⁷ Younes. Diego. Derecho Administrativo Laboral. Decimotercera edición. 2018. TEMIS. Página 41.

en cada caso, pero sin que la aplicación de los mismos sea asumida como «prestación de servicios profesionales», en la medida en que, de una parte, se reitera, es el ejercicio de funciones, y de otra, la expresión «prestación de servicios profesionales» ha sido, en la legislación colombiana, el objeto de un contrato estatal tipificado como «de prestación de servicios», como se verá a continuación.

F. La libertad de elegir profesión u oficio y el derecho a su ejercicio

1. El derecho constitucional

La Constitución de 1886 original consagró la libertad de escoger «ocupación u oficio» y el derecho a su ejercicio; previó su inspección en aras del orden público; y facultó al legislador para exigir títulos de idoneidad que habilitaran el ejercicio de la medicina y sus profesiones auxiliares:

«Artículo 44.- Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremios de maestros o doctores.

Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares.»

El artículo 15 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 - incorporado al cuerpo constitucional como artículo 39 - reiteró la libertad de escoger profesión u oficio, pero amplió a todas las profesiones la facultad del legislador para exigir títulos de idoneidad. Los incisos primero y segundo de la norma en cita dispusieron:

«Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

(...)»¹⁸

Sobre la norma en comento, la Corte Suprema de Justicia había dicho¹⁹:

«... obteniendo un título académico, conforme a la ley, salvo las limitaciones que ella fije, el beneficiario adquiere un derecho perfecto y una vocación definida al ejercicio profesional respectivo, sin que las autoridades administrativas gocen de competencia alguna para establecer restricciones por su cuenta, señalando campos o ramas que no son de libre aplicación para todos sino sólo para aquellos a quienes ellas aprueben y califiquen».

La libertad y el derecho comentados fueron recogidos en el artículo 26 de la Constitución de 1991:

«Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

¹⁸ El citado artículo 39 tenía dos incisos más: “La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. / También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos.”

¹⁹ “Cfr. sentencia de noviembre 18 de 1969 Gaceta Judicial CXXXVII No. 2338. Cita tomada de la sentencia T-408-92 de la Corte Constitucional.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.»

Como puede observarse, la tradición constitucional incluye: (i) la libertad de las personas para escoger profesión u oficio; (ii) el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido; (iii) las limitaciones al derecho, expresadas en la exigencia de títulos de idoneidad y en la inspección y vigilancia del Estado, tomando en consideración los riesgos que su ejercicio pueda acarrear a la sociedad; y (iv) la reserva legal para su regulación.

En cuanto a las limitaciones, la jurisprudencia constitucional ha destacado el mandato de la Constitución sobre la reserva legal en la materia, dado que se trata de derechos fundamentales²⁰:

«... si bien la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, lo cierto es que tal derecho se vería lesionado si de él no se dedujera el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido...»

Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado "límite de los límites", vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia. En primer lugar en la Constitución vigente las limitaciones a este derecho tienen reserva de ley. Así, el legislador es el único competente para establecer los títulos de idoneidad que deben acompañar en cada caso el ejercicio de tareas que exijan formación académica. De otra parte, las normas respecto de las cuales las autoridades competentes vigilarán e inspeccionarán tal ejercicio, deben estar fijadas, bien expresamente por la ley, si se trata de reglamentaciones que toquen directamente con el derecho en cuestión, o bien por delegación legal, cuando se trata de reglamentaciones técnicas o administrativas que no hacen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental...

Dichas normas, en cuanto reglamentan el ejercicio de un derecho fundamental, tienen reserva de ley y deben respetar los principios constitucionales, en particular, los que corresponden al debido proceso (...).»

Específicamente sobre los títulos de idoneidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha explicado:²¹

«Una cosa es escoger una determinada profesión, y dedicarse a su estudio, materia propia de la autonomía personal, en la cual el Estado no tiene intervención. Para ese escogimiento, la persona es libre, como lo dice el artículo 26, sin restricción. (...) En cuanto a su ejercicio, hay diferentes reglas. Para comenzar, "La ley podrá exigir títulos de idoneidad" (artículo 26). ¿Por qué? Porque el título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-606-92 (diciembre 14) - Radicación D-044 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial); 4o.; 8o. (parcial); 9o, 10o y 11 de la Ley 70 de 1979, "Por la cual se reglamenta la profesión de topógrafo y se dictan otras disposiciones sobre la materia."// Sentencia C-568-10 (julio 14) - Referencia: expediente D-7956 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2°, 4° y 8° de la Ley 22 de 1984, "Por la cual se reconoce la Biología como una profesión, se reglamenta su ejercicio en el país y se dictan otras disposiciones": "3.2. Con fundamento en el indicado sistema de ordenación de principios y valores, la Constitución (art. 26) otorga al Congreso de la República la facultad de exigir títulos de idoneidad para el desarrollo de ciertas actividades y establece, como regla general, la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones por parte de las autoridades competentes. (...) Así las cosas, observa esta Corte que el ejercicio de una profesión u oficio se funda en el respeto a la libertad individual de escogencia de una actividad laboral y en la protección de los riesgos sociales que, por su posible incidencia, exigen del legislador una regulación que, para que sea legítima, deberá ser razonable y proporcionada, de manera que no signifique una restricción arbitraria e inequitativa al ejercicio de tales actividades individuales."

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-377-94 (25 de agosto) REF: D-486, Demanda de inconstitucionalidad del literal a), y parágrafos 1o. y 2o. del artículo 2o. de la ley 14 de 1962 "Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la Medicina y Cirugía."

sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional.

Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce.»²²

2. La prestación de servicios profesionales como objeto contractual

La prestación de servicios profesionales es desarrollo de la libertad de escoger profesión u oficio y del derecho a ejercerlos consagrado en el artículo 26 de la Constitución, noción que para los efectos aquí analizados está íntimamente ligada con una modalidad de contratación estatal con el mismo nombre.

En este punto se trae a colación la sentencia del 2 de diciembre de 2013 proferida por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado²³ en donde se lee:

«d) El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.

*100.- En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “**prestación de servicios profesionales**” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.»*

Nota característica de este tipo de contratos frente a la vinculación legal y reglamentaria es que el contratista es autónomo en su ejecución y por lo tanto no existe el elemento subordinación que es consustancial a la relación laboral.²⁴

También se encuentra que las labores, la manera en que se ejecutan las mismas y la remuneración, son las que se desprenden del respectivo contrato lo que presupone que son asuntos que pueden ser negociados entre el contratista y la Administración.

Si bien es cierto el contratista de prestación de servicios profesionales colabora con la Administración para el logro de sus fines, ejecuta su labor en los términos que voluntaria y autónomamente acordó, y no con sujeción a las condiciones impuestas de manera unilateral por el Estado mediante el régimen constitucional y legal que gobierna el empleo público.

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. Radicado 2340.

²³ Radicado 2011-00039.

²⁴ Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. Radicación 2012-00682.

En principio, quien presta sus servicios profesionales al Estado no tiene prohibición de celebrar otros contratos de la misma índole, así como tampoco se encuentra limitado para contratar con entes de naturaleza privada.

En síntesis, la prestación de servicios profesionales responde a la lógica de una actividad económica privada sin importar si ella es ejercida mediante la celebración de contratos estatales o de derecho privado.

G. El caso concreto

El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 reza:

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los exmiembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades descentralizadas y en las empresas oficiales

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2013.

de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado.

III. CONCLUSIÓN:

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

Remítanse copias al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala