



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 72741**

**Fecha: 08/03/2018**

Bogotá D.C.

**REF: EMPLEO.** Experiencia profesional adquirida en entidad privada, en jornada laboral por fuera del horario habitual de entidad pública. **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** Ejercicio de un empleo en entidad privada por fuera del horario habitual. **RAD. 20189000033972** del 26 de enero de 2018.

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

**PLANTEAMIENTO JURIDICO**

¿Es procedente aceptar una experiencia profesional de una entidad privada, de un empleado activo en el nivel técnico o asistencial de Parques Nacionales, en la que demuestra que trabaja en un horario diferente al laborado en la entidad?

¿Es procedente que un empleado preste sus servicios profesionales fuera del horario habitual de Parques Nacionales, es decir, en horas de la noche o fines de semana sin recibir ningún tipo de emolumento o contraprestación económica por sus servicios, como es el caso de los voluntariados y esta labor la realice en una entidad privada o pública?

¿Si parques Nacionales a un empleado que labora de lunes a viernes en un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. le paga 30 días de salario, a ese funcionario le generaría algún tipo de inhabilidad, si trabaja en una entidad privada los fines de semana o en un horario nocturno? ¿Le es permitido? ¿Eso le podría acarrear algún tipo de investigación por parte de Parques Nacionales?

¿Ese empleado que trabaja en Parques Nacionales y al mismo tiempo labora en una entidad privada los fines de semana o en un horario nocturno, puede laborar en actividades relacionadas con las funciones que desempeña en Parques Nacionales, o esta situación le crearía algún tipo de inhabilidad

## **FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS**

1. El Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, en relación con la experiencia que se debe acreditar para el desempeño de los empleos públicos, establece:

**“ARTÍCULO 2.2.2.3.7. Experiencia.** *Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.*

*Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.*

**Experiencia Profesional.** *Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del p<sup>ensum</sup> académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de*

las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo.

*En el caso de las disciplinas académicas o profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.*

*La experiencia adquirida con posterioridad a la terminación de estudios en las modalidades de formación técnica profesional o tecnológica, no se considerará experiencia profesional.*

**Experiencia Relacionada.** *Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.*

**Experiencia Laboral.** *Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.*

(...)

**ARTÍCULO 2.2.2.3.8 Certificación de la experiencia.** *La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.*

*Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.*

*Las certificaciones o declaraciones de experiencia deberán contener como mínimo, la siguiente información:*

1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.

2. *Tiempo de servicio.*

3. *Relación de funciones desempeñadas.*

*Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya prestado sus servicios en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.*

*Cuando las certificaciones indiquen una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias, el tiempo de experiencia se establecerá sumando las horas trabajadas y dividiendo el resultado por ocho (8). (Subrayas fuera de texto).*

Así entonces, la experiencia profesional es la adquirida con posterioridad a la terminación de todas las materias que conforman el pónsum académico y la experiencia relacionada es la adquirida en el desempeño de empleos con funciones similares al cargo a proveer, y tal experiencia será acreditada en el ejercicio de las actividades propias de la profesión exigida para el desempeño del empleo del cargo a proveer.

Por lo tanto, debe señalarse que la experiencia adquirida en el ejercicio de la profesión, obtenida en una empresa privada por fuera de la jornada laboral de la entidad y debidamente certificada, puede ser acreditada como experiencia profesional, en este caso, para efectos del cálculo de esta experiencia profesional, se suman las horas y se dividen en ocho (8), obteniéndose en días la experiencia que se adquiere.

2.- Ahora bien, la Constitución Política, en su artículo 128, establece que “*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.*”

En relación con el asunto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, en sentencia del 27 de octubre 2016, Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00192-01, señaló:

*“Frente al alcance del artículo 128, la Corte Constitucional en la sentencia C- 133 de 1993, expuso:*

*“(…)*

*Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición”.*

*Ahora bien, es pertinente diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades; al efecto esta Sección ha señalado:*

*“(…)*

*De la anterior transcripción [refiriéndose al artículo 128 de la Constitución] se deduce que la disposición establece una incompatibilidad, no una inhabilidad.*

*Las causales de inhabilidad son conductas anteriores a la elección que vician la misma, porque así lo considera la ley, mientras que las incompatibilidades 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 analogía.*

*La norma constitucional establece que quien se desempeñe en un empleo público, no puede aceptar otro, ni devengar a la vez dos salarios provenientes del Tesoro Público.*

*(...)*

*En conclusión, el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe (i) la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona y (ii) recibir más de una asignación que provenga del erario, pero como se señaló líneas atrás, estas prohibiciones generan una incompatibilidad.*

*Acerca de la finalidad que persiguen las causales de incompatibilidad, la Corte Constitucional ha señalado:*

*“De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”*

*Por consiguiente, el hecho de que el demandado haya incurrido en esta prohibición, podría constituir verbigracia una falta susceptible de ser investigada disciplinariamente, mas no una causal que dé lugar a la anulación del acto de nombramiento.*

*Cabe precisar que dentro de las prohibiciones establecidas por la ley 734 de 2002 para los servidores públicos, se encuentra la siguiente:*

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

En lo que respecta a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del Tesoro Público, el Legislador, a través de la Ley 4ª de 1992, consagra las excepciones a la misma, así:

**“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:*

*Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*

*Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*

*Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*

*Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*

*Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*

*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;*

*Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien 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.”*

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia citadas, al servidor público le está prohibido percibir otra asignación del erario público, con excepción de las asignaciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, de igual forma, le está prohibido desempeñar simultáneamente más de un empleo público.

3.- De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>2</sup> en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

**“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además,**

*hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).*

Conforme con 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 lo que respecta a los posibles conflictos de interés en los que pueden llegar a incurrir los empleados públicos en sus actuaciones, es importante traer a colación el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con Radicación No: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, en el que se señaló:

## ***"2. El conflicto de intereses.***

*Sobre este tema la Sala mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:*

*"El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.*

**2.1 Noción.** *En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.*

**2.2 Finalidad.** *El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir,*

*evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.*

**2.3 Fundamento.** *De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.*

**2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular:** *La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley.”*

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicán de la generalidad.

Así las cosas, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último, so pena de ser recusado.

## CONCLUSIONES

Conforme con lo expuesto y frente al caso consultado, es pertinente concluir lo siguiente:

1. Se considera viable, en concepto de esta Dirección Jurídica, tener en cuenta la experiencia profesional derivada del ejercicio profesional en una actividad privada por fuera de la jornada laboral, siempre y cuando ésta requiera la aplicación de los conocimientos de una profesión determinada. Para efectos del cálculo de esta experiencia profesional, se suman las horas y se dividen en ocho (8), obteniéndose en días la experiencia que se adquiere.

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.

Eventualmente podría llegar a configurarse un conflicto de interés, caso en el cual esta Dirección considera que corresponde a la entidad analizar el caso en particular para determinar si se puede llegar a presentar un conflicto de interés entre la actividad que realiza el empleado por fuera del horario habitual, en una

entidad privada, y la labor que desempeña en la entidad, que pudiera llegar a crear una concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público, que puede afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente a un asunto oficial o institucional que le compete decidir.

Para mayor información respecto a temas del empleo público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE**

**Asesor con funciones de la Dirección Jurídica**

#### **NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

1 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***