



Función Pública

Concepto 390651 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000390651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000390651

Fecha: 16/12/2019 02:05:37 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Socio y representante legal de una SAS que contrata con el Estado para suscribir un contrato de prestación de servicios como persona natural con una entidad pública o vincularse como empleada del Banco de la República RAD. 20199000381762 del 19 de noviembre de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona que es socia y representante legal de una SAS que licita con entidades estatales puede celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con una entidad pública o si puede vincularse mediante un contrato laboral con el Banco de la República, sin inhabilitar a la empresa de la que es socia, me permito manifestarle lo siguiente:

En lo que respecta a su consulta relacionada con la celebración de un contrato de prestación de servicios de una persona que es socia y representante legal de una SAS que licita con entidades estatales y distritales, debe señalarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el Decreto 2893 de 2011, que la entidad competente para pronunciarse respecto a esta inquietud es la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente.

Por otra parte, en cuanto a su consulta referida a la viabilidad para que quien es socia y representante legal de una SAS, pueda vincularse como empleada del Banco de la República, sin que tal circunstancia inhabilite a su empresa, debe precisarse que en relación al régimen laboral de los empleados del Banco de la República, la Ley 31 de 1992, señala:

“ARTÍCULO 38. Naturaleza de los empleados del Banco. Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores al servicio de dicha entidad, clasificados en dos categorías, como enseguida se indica:

a) Con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos de la banca central y su forma de vinculación es de índole administrativa.

El régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos de la banca central será establecido por el Presidente de la República.

b) Los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio consagrado en esta Ley, en los Estatutos del Banco, en el reglamento interno de trabajo, en la Convención Colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que no contradigan las normas especiales de la presente Ley.”

Frente al tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-341 del 5 de agosto de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell, señaló:

“EL ARTÍCULO. 38 de la ley 31/92 definió la naturaleza jurídica de las relaciones de trabajo entre el Banco y sus servidores, en el sentido de que las personas que bajo las condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores clasificados en dos categorías: con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos y su forma de vinculación es de índole administrativa; los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio consagrado en dicha ley, en los estatutos del Banco, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo que no contradigan las normas especiales contenidas en la referida ley.” (Subrayado nuestro)

Así mismo en el Decreto 2520 del 14 de Diciembre de 1993, Por el cual se expiden los Estatutos del Banco de la República, en el artículo 46 literal b inciso segundo, se dispone:

“Las relaciones laborales entre el Banco de la República y sus trabajadores continuarán siendo contractuales y rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo con las modalidades y peculiaridades que se derivan de su carácter de empleados del Banco de la República, que se expresan dentro de las normas que constituyen el Régimen Jurídico del Banco, descrito en los presentes Estatutos. Las relaciones entre el Banco y sus pensionados continuarán igualmente regulándose por el Código Sustantivo del Trabajo, con las modalidades y peculiaridades del mismo régimen jurídico del Banco.”

Este mismo Decreto dispone:

“ARTÍCULO 48. Categoría especial y régimen laboral aplicable. Para los efectos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo, todos los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, continuarán siendo empleados de confianza.

En consecuencia, las prestaciones sociales de dichas personas, y, en general, todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato de trabajo se determinarán por las normas del referido Código que no contradigan las normas especiales de la Ley 31 de 1992, estos Estatutos, el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva, todo ello teniendo en cuenta la categoría especial dada por la Ley 31 de 1992 como trabajadores de confianza, que tendrá incidencia en la aplicación de las normas del Código Sustantivo de Trabajo. A los funcionarios públicos de la Banca Central le serán aplicables las disposiciones especiales que expida para el efecto el Gobierno Nacional.

Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 31 de 1992 a los trabajadores del Banco de la República a que se refiere el literal b) del artículo 46 de estos Estatutos, no les son aplicables las normas que regulan las relaciones laborales de los demás servidores del Estado.”

Conforme con lo anotado, el Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, que funciona como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, cuyos empleados son servidores públicos con régimen laboral regido por disposiciones especiales y por el derecho privado.

Ahora bien, el artículo 8 de 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.

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeño cargos de dirección o manejo.

(...)”

Sobre este particular, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, artículo 8o., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) Los servidores públicos". (...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social.”

De conformidad con las normas y la jurisprudencia citadas, los servidores públicos no pueden celebrar contratos con ninguna entidad estatal de cualquier nivel ya sea nacional, departamental, distrital o municipal, porque se encuentran inmersos en la inhabilidad establecida en la Ley 80 de 1993 para contratar con el Estado.

De otra parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

“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.

(...)

22. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** **exequible**> <Numeral modificado por el artículo 3o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> *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 <sic> sujetos claramente determinados.” (Subrayado nuestro)

En cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad¹. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público, por sí o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Es decir, como empleada pública no podrá contratar con entidades privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica concluye que, si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público sea socio de una empresa privada -siempre y cuando en el desarrollo de esas actividades privadas no se preste asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del empleo del cual es titular en el sector público y dedique la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, es decir, que el desempeño de sus actividades privadas no interfiera con el óptimo desempeño de sus funciones en el sector público-, se considera que el servidor público no puede celebrar contratos con otras entidades

estatales ni con personas privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona, y en especial cuando este ejerce como representante legal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:54:53