



Función Pública

Concepto 156341 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000156341

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000156341

Fecha: 04/05/2021 03:32:09 p.m.

Bogotá

Ref: ¿Un docente con contrato provisional en una Alcaldía hasta el 30 de abril, puede suscribir contrato con fecha de inicio 29 de abril con Ecopetrol o estaría incurriendo en algún tipo de inhabilidad? Radicado 20219000207422 del 27 de abril de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe algún impedimento o inhabilidad para que una persona cuya elección fue declarada nula y se convoque a elecciones atípicas a causa de esa nulidad, se vuelva a postular al mismo cargo de elección popular, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar frente a su inquietud que no queda claro el tipo de vinculación que usted mantiene con el municipio, toda vez que se refiere a “un contrato provisional”; así las cosas la respuesta se dará en dos sentidos; el primero haciendo referencia a un contrato de prestación de servicios y el segundo frente a un nombramiento como servidor público.

Así las cosas, frente a la primera hipótesis tenemos respecto de la vinculación mediante contratos de prestación de servicios de los docentes, que el Consejo de Estado¹ señaló:

“Ahora bien, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, pero esta clase de vinculación en el caso de los educadores se desnaturalizó con lo dispuesto por la Ley 115 de 1994, en cuyo artículo 105 se consagró una vocación de permanencia de los docentes contratistas, al prever un término para su incorporación gradual en la planta y ordenar la contratación indefinida. Reza así la citada disposición:

“A los docentes vinculados por contrato contemplados en el párrafo primero del artículo 60 de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial.”

Y la Corte Constitucional expresó, respecto de la actividad que ejecutan los docentes al servicio de la educación oficial vinculados por contrato de servicios que:

“...Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que

realizan los docentes-empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

... Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos...” (...)

De acuerdo con lo señalado, los docentes podrán ser vinculados mediante contrato de prestación de servicios, caso en el cual se caracterizan por un régimen legal diferente en cuanto al reconocimiento de remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones de los demás docentes, vinculados mediante acto de nombramiento.

Ahora bien, respecto de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expresa:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

“(...)”

3. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, respecto al contrato de prestación de servicios preceptuó:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”

De igual forma, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.”

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, los contratistas de prestación de servicios no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de suscribir varios contratos de prestación de servicios, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al Artículo 128 de la Carta Política, expresó:

“... los Artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al Artículo 6° constitucional, al particular contratista sólo le es exigible la responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos Por lo demás, el Artículo 8° ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.”

De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley 80 de 1993, el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011 y demás disposiciones en materia de inhabilidades en materia de contratación, no existe norma que limite la celebración de contratos de prestación de servicios a una misma persona natural durante un mismo lapso o que las inhabilite para suscribir más de un contrato de prestación de servicios con una misma entidad o varias entidades públicas, siempre y cuando la persona sea idónea de tal forma que cumpla con el perfil, competencias, y requisitos de formación académica y experiencia que permitan la ejecución exitosa del objeto contractual.

Teniendo en cuenta que las inhabilidades para contratar deben estar consagradas en forma expresa, clara y son taxativas y de interpretación restrictiva; respondiendo puntualmente su interrogante, se considera que no existe inhabilidad para que una persona natural puede suscribir uno o más contratos de prestación de servicios con la Administración Pública, siempre y cuando esté en capacidad de cumplir a cabalidad los objetos previstos en ellos.

Respecto de la segunda hipótesis de su consulta; es decir, en caso de tratarse de un nombramiento como servidor público, tenemos respecto de la prohibición para que un servidor público reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, que la Constitución Política de Colombia establece:

“ART. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

En igual sentido se expresa el Artículo 19 de la ley 4 de 1992, en los siguientes términos:

“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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.*
- f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de mas de dos juntas.*
- g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

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

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado, en ese sentido, se colige que el servidor público no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el Artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con ECOPETROL tenemos que la Ley 1118 de 2006², consagró respecto de la naturaleza jurídica de esa entidad, que se trataba de una sociedad de economía mixta de carácter comercial vinculada al Estado Colombiano a través del Ministerio de Minas y Energía, es decir que es una entidad pública, tal y como lo establece el Artículo 1° ibídem, al señalar:

“ARTÍCULO 1°. “NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer

subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.

PARÁGRAFO 1°. Para la determinación por parte de la Asamblea General de Accionistas, del valor inicial de los títulos a emitir, Ecopetrol S. A. contratará, atendiendo los principios de gobierno corporativo, dos diferentes bancas de inversión de reconocida idoneidad y trayectoria en procesos similares en el sector de hidrocarburos. Una de las bancas de inversión además de realizar la valoración de la empresa, se encargará de la estructuración del proceso en todas sus fases.” (Subrayado nuestro)

En este orden de ideas y dando respuesta a su interrogante, en caso de tratarse de un nombramiento como docente provisional, no resultará viable la suscripción de un contrato con una entidad pública como ECOPETROL, dado que dicha situación no se encuentra dentro de las excepciones señaladas por la Ley.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación numero: 08001-23-31-000-2003-03060-01 (0372-09).

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:59:18