



Concepto 367011 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000367011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000367011

Fecha: 06/10/2021 01:26:46 p.m.

Bogotá D.C

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que en el marco de los presupuestos participativos y convenios solidarios que son celebrados entre la Gobernación y/o la Alcaldía y las juntas de acción comunal; se suscriban con un servidor público, un concejal o un contratista, en aquellos caso en que estos figuren como presidente de la junta? Radicado 20212060620002 del 10 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que en el marco de los presupuestos participativos y convenios solidarios que son celebrados entre la Gobernación y/o la Alcaldía y las juntas de acción comunal; se suscriban con un servidor público, un concejal o un contratista respectivamente, en aquellos caso en que estos figuren como presidente de la junta, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, señala:

“ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Por su parte la Ley 80 de 1993¹, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

(...)

2º. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.”

A su vez, el artículo 8 de la citada Ley, dispone:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)

2°. 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 desempeñe cargos de dirección o manejo.

(...)

f) <Literal adicionado por el artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.". (Subrayado nuestro)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Cabe anotar que de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política existen tres categorías distintas de servidores públicos, los cuales a su vez, están sometidos a diferentes regulaciones en cuanto al ejercicio de sus funciones, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Siendo servidores públicos los siguientes:

- Los miembros de las Corporaciones Públicas.
- Los Empleados Públicos y
- Los Trabajadores Oficiales.

Es así como la clasificación de "servidores públicos" es una denominación genérica que trae la Constitución y que comprende la clasificación de servidores al servicio del Estado, encontrándose dentro de ellos a los Concejales.

Por otra parte, 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 sociedad. 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".

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 utilizada 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.

Es decir, como empleado público 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, en especial cuando éste ejerce como representante legal.

Por otra parte, se tiene que la Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los

municipios”, expresa:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5. <Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

(...)

PARÁGRAFO 2o. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.”

“ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

*Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”
(Subrayado nuestro)*

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, los concejales, durante el ejercicio del cargo no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo. Así mismo, no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos, de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Estas incompatibilidades se extienden hasta la terminación del periodo constitucional respectivo; si renuncian faltando seis (6) o más meses para la culminación del periodo, éstas incompatibilidades continuarán durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Cabe anotar que un concejal no se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 45 de Ley 136 de 1994, en el entendido que no está impedido para ser el presidente de una Junta de Acción Comunal, por cuanto dicha junta no pertenece a los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo, ni son empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Finalmente, respecto de la posibilidad de que un contratista de prestación de servicios pueda suscribir otro contrato con una entidad pública, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 80 de 1993, determina:

“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”.

La Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, 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”.

Por su parte, 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, afirmó:

“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”.

Así mismo, la sentencia mencionada se refirió respecto a si un particular puede tener varios contratos estatales, así:

“(…) 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.” (Subraya fuera de texto)

De conformidad con lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley 80 de 1993, no existe norma que limite la celebración de contratos estatales a una misma persona natural durante un mismo lapso.

Teniendo en cuenta lo señalado, es viable concluir que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Así las cosas, y como quiera que no existe una norma que prohíba la suscripción de varios contratos con la misma entidad, se considera que no existe inhabilidad para que una persona natural pueda suscribir uno o más contratos de prestación de servicios con una o varias entidades

públicas o privadas, directa o indirectamente, siempre y cuando esté en capacidad de cumplir a cabalidad los objetos previstos en ellos.

Es decir, que no existe inhabilidad alguna para que quien ha suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad pública, pueda simultáneamente suscribir otro contrato estatal, con otra entidad pública también.

De acuerdo con lo señalado, podemos concluir en relación con su interrogante:

1. Los servidores públicos no podrán contratar con entidades públicas, aún cuando dicha suscripción se realice en el marco de un convenio solidario suscrito en su calidad de presidente de una Junta de Acción Comunal, toda vez que dicha situación no se presenta como una excepción a la prohibición constitucional consagrada en el artículo 127 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley 80 de 1993.
2. Los concejales, como servidores públicos, cuentan con la misma limitación señalada en el punto anterior; es así como un concejal que ejerce simultáneamente como presidente de una junta de acción comunal, no podrá suscribir contratos directa o indirectamente con entidades del Estado, porque estaría inmerso en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política.
3. Para el caso de los contratistas, tenemos que no existe inhabilidad alguna para que quien ha suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad pública, pueda simultáneamente suscribir otro contrato estatal, con otra entidad pública.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:50:39