



Concepto 237831 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000237831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000237831

Fecha: 30/06/2022 05:23:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Inhabilidad para contratar de quien está inhabilitado para desempeñar cargos públicos. RAD.: 220222060307072 del 2 de junio de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual solicita se expida nuevamente consulta por parte de esta Departamento Administrativo, en relación con las prohibiciones para que persona suscriba un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública, considerando que está inhabilitada para desempeñar cargos públicos, me permito reiterar lo señalado en el concepto No. [20206000491751](#) de octubre 2 de 2020:

La Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(...)

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma."

Mediante la Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell, se señaló lo siguiente:

"2.2. La inhabilidad que consagra la letra d) del ordinal 1o. del art. 8o. y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 41), según se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o accede.

Estima la Corte, que la inhabilidad señalada en el literal d) del ordinal 1o. del artículo 8o, de la ley 80, aunque tiene como fuente u origen o

fundamento la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no constituye una nueva pena. En efecto:

Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.

Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el Código de la materia.

Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuricidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona.

Adicionalmente, considera la Corte que la inhabilidad que consagra uno de los apartes normativos acusados, se juzga no sólo necesaria, sino conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es de que no accedan a la contratación, en forma temporal, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades anejas (sic) al ejercicio de dichas funciones.

Por todo lo dicho, se declarará exequible el aparte normativo acusado, correspondiente a la letra d) del ordinal 1o. del art. 8o., con exclusión de la expresión "y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución" declarada exequible a través de la sentencia C-178/96.

Finalmente considera la Corte, consecuente con los razonamientos antes expuestos, que igualmente se declarará la exequibilidad del acápite acusado correspondiente al inciso final del ordinal 1o. del art. 8o., porque el señalamiento de la vigencia de los efectos de la inhabilidad, no contradice ninguna norma superior, pues el legislador no sólo puede establecer esos términos como complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se impediría el retorno al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo." (Destacado nuestro)

Conforme con el artículo 8, literal d) de la Ley 80 de 1993, no pueden contratar con el estado quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, dicha inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que dispuso la destitución.

Ahora bien, la Ley 1952 de 2019, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", establece:

"ARTÍCULO 42. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a la pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al termino de pena privativa de la libertad.

(...)"

ARTÍCULO 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El disciplinable está sometido a las siguientes sanciones:

Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.

Destitución e inhabilidad general de ocho (8) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.

(...)

ARTÍCULO 49. Definición de las sanciones.

La destitución e inhabilidad general implica:

a. La terminación de la relación del servidor público o del particular con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección; o

b. La desvinculación del cargo, en los casos previstos en la Constitución Política y la ley; o

c. La terminación del contrato de trabajo; y

d. En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

(...)"

(Destacado nuestro)

Por consiguiente, constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, hallarse inhabilitado por una condena penal.

Se precisa que las sanciones de destitución e inhabilidad general comportan la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo.

De otra parte, frente a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, se señala que esta se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual señala:

"ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

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."

(Destacado nuestro)

Como puede observarse en la norma que regula los contratos celebrados con entidades públicas, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales pueden celebrarse mediante la modalidad de contratación directa con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita y seguir el procedimiento señalado en las normas.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. De otra parte, en los contratos de prestación de servicio no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el contrato de trabajo, y tampoco da lugar al reconocimiento y pago de salarios ni prestaciones sociales.

Con respecto a si el contrato de prestación de servicios profesionales se puede considerar como cargo público, la Corte Constitucional, en Sentencia C-604 de fecha 1 de agosto de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería afirmó lo siguiente con respecto al cargo público en la Carta Política:

"1. El concepto de "cargo público" en la Constitución

La utilización del término cargo público ha sido empleado por el Constituyente para significar in genere, el ejercicio de funciones públicas.

Así, el artículo 40 de la Carta establece que para hacer efectivo el derecho de ciudadanía se puede:

"(...)

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 reglamentará los casos a los cuales ha de aplicarse"

Por su parte el artículo 99 constitucional señala que: "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción"

El artículo 110 dispone: "se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley.

El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura"

Entre tanto, el canon 272 ibidem, inciso 5, 6 y 7, al referirse a las contralorías departamentales, distritales y municipales advierte:

"(...)

...para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título universitario y las demás que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año, miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones"

Aún más, ni siquiera el Legislador ha procedido en ese sentido para hacer una precisión normativa respecto del término en estudio. Por ejemplo, el artículo 115 de la ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone:

"El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas".

(Resaltado fuera de texto).

Se trata, sin duda, el planteamiento de la actora, de una interpretación particular que fuerza a una situación antinómica inexistente con las disposiciones superiores. No puede existir tal contradicción en el sentido de que la palabra "cargo" violente la normatividad superior cuando, el artículo 122 de la Carta establece que: "Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”

Ahora bien, la reforma introducida a la disposición citada por el Acto Legislativo 1 de 2004 artículo 1 que trata de la pérdida de los derechos políticos hace precisa referencia a cargos de elección popular, cuando reza: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular...”

Por si fuera poco, tan no es excluyente la función del concejal con la de quien ocupa un cargo público, que el artículo 263 de la Constitución *âžž* que fuere modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2003-, señala: “Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos por proveer en la respectiva elección”.

(Resaltado fuera de texto).

De lo anterior se desprende, que si bien es cierto la Constitución no ha definido el concepto de cargo público, de una interpretación sistemática de ella se puede leer que el concepto de cargo público hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas, provengan estas fruto de una elección popular, como resultado de un nombramiento, como resultado de una vinculación como trabajador oficial, como consecuencia de la carrera administrativa, fruto de un periodo fijo, como resultado de un encargo provisional, como consecuencia de un trabajo temporal, entre otras.

En síntesis, las personas que se encuentran al servicio del Estado y ejercen funciones públicas tienen el carácter de servidores públicos y por ende sobre ellas pesa una obligación, deber, cargo o compromiso de cumplir las funciones encomendadas. Estas cargas u obligaciones, como lo manifestó el Ministerio Público, pueden devenir de una elección popular, de elección para corporaciones públicas, de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de carrera de docentes, de relación laboral contractual, de autoridad de las comunidades indígenas y otras creadas por la ley”.

De acuerdo con la Corte Constitucional, si bien es cierto la Constitución no ha definido qué es cargo público, de una interpretación sistemática de la misma puede inferirse que el concepto de cargo público hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas.

Recordemos que el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece que “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”.

En consecuencia, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como: miembros de corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado. El particular que temporalmente desempeña funciones públicas no está definido ni puede considerarse como un servidor público propiamente dicho. Concretamente los contratistas no han establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado, ni perciben asignación o salario.

Respecto al contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No 951 de febrero 7 de 1997, con ponencia del magistrado Javier Henao Hadrón, señaló:

“Así, los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la administración y, por ende no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal.”

“De manera que para ejercicio de funciones de carácter permanente, el vínculo laboral con el Estado es de derecho público (relación legal reglamentaria) o surge del contrato de trabajo; la primera forma es la utilizada para vincular a los empleados o funcionarios, y la segunda a los trabajadores oficiales. El campo de acción que queda para el ejercicio de las actividades de carácter transitorio “que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, es el propio del contrato de prestación de servicios”. (Destacado nuestro)

Según el Consejo de Estado, los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la administración y, por ende, no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede inferirse que el contrato de prestación de servicios profesionales no puede considerarse como cargo público, toda vez que éste último hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas.

Así las cosas, esta Dirección considera que una persona que se encuentra inhabilitada para desempeñar cargos públicos, no se encuentra inhabilitada para suscribir un contrato de prestación de servicios con entidades públicas, por cuanto, como se señaló anteriormente, dicho contrato no puede considerarse como cargo público.

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 </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: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:08