



Concepto 063851 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Radicado No.: 20236000063851

Fecha: 14/02/2023 08:13:50 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista.

Participación en política. RADICACIÓN. 20239000067962 de fecha 31 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con la participación en política de los contratistas, me permito manifestar lo siguiente frente a cada uno de ellos:

“¿Una persona que tiene suscrito un contrato de prestación de servicios con entidad descentralizada a nivel municipal está inhabilitado para participar en actividades políticas a favor de un candidato de orden local, regional o nacional?”

Sea lo primero precisar que, la Sala Plena del Consejo de Estado 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).

Teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

Ahora bien, el artículo 127 de la Constitución Política señala que:

“ARTÍCULO 127. 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.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.” (Subrayado fuera del texto)

El artículo 219 de la Constitución Política establece que:

“ARTÍCULO 219. La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre

asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley.

Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos." (Subrayado fuera del texto)

Por último, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, prescribe que:

"Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera por razones políticas, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

(...)" (Subrayado propio del texto)

De conformidad con la normativa anterior, les está prohibido a los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos, como en las controversias políticas, sin perjuicio del ejercicio libre del derecho del sufragio.

Los demás funcionarios públicos no señalados anteriormente, según la misma disposición, podrán participar en las actividades y controversias en las condiciones previstas por la ley.

Ahora bien, establecida la prohibición a los empleados públicos de participar en actividades políticas, es necesario analizar si los contratistas tienen la calidad de servidores públicos. Sobre el particular, el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 2001, radicado 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 administración¹³; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

(...)

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 establecidos¹⁶, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos." (Subrayado fuera del texto)

La sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, dictada dentro del Proceso No 31982, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos, señaló:

"(...) La Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos: (...)

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública”

De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, se concluye que los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos. Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Conforme a lo anotado en criterio de esta Dirección Jurídica, la prohibición de participar en política está dada a los empleados públicos, categoría que no se predica de los contratistas en atención a que su vinculación con la entidad pública no le confiere investidura pública, sino que son considerados sujetos particulares, lo que les permite que pueda participar en cualquier tipo de actividad, campaña o controversia política sin ningún tipo de restricción.

En consecuencia, una persona que tiene suscrito un contrato de prestación de servicios con entidad descentralizada a nivel municipal no está inhabilitado para participar en actividades políticas a favor de un candidato de orden local, regional o nacional.

“¿El contratista por prestación de servicios puede asistir a reuniones políticas, intervenir a favor del candidato, publicar en redes sociales a favor del candidato de su preferencia, portar publicidad en su vehículo, apoyar logísticamente y demás aspectos relacionados con proselitismo y campaña política?”

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, esta Dirección Jurídica considera que teniendo en cuenta que los contratistas por prestación de servicios no son empleados públicos, podrán asistir a reuniones políticas, intervenir a favor del candidato, publicar en redes sociales a favor del candidato de su preferencia, portar publicidad en su vehículo, apoyar logísticamente y demás aspectos relacionados con proselitismo y campaña política.

“¿El contratista por prestación de servicios puede participar en política?”

Se reitera lo manifestado en las preguntas anteriores, toda vez que teniendo en cuenta que los contratistas por prestación de servicios no son empleados públicos podrán participar en cualquier tipo de actividad, campaña o controversia política sin ningún tipo de restricción.

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

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-11-29 14:00:06