



Función Pública

Concepto 134451 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000134451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000134451

Fecha: 03/04/2023 04:05:00 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público. Posibilidad de contratar con entidad pública y ser Edil. RAD. 20239000145752 del 6 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Por qué una persona natural puede tener varios contratos de prestación de servicios con entidades públicas (ya sean Nacionales, Departamentales o Municipales o varios contratos con la misma entidad municipal, departamental o nacional), donde los honorarios son pagados por dichas entidades (o sea, del tesoro público) y no hay impedimento alguno respecto a recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (Artículo 128 Constitución Política)?

¿Según lo anterior, entonces, por qué una persona que recibe honorarios por ser edil no puede recibir honorarios de un contrato de prestación de servicios con una entidad pública o territorial distinta a la jurisdicción de donde ejerce como edil?

Me comuniquen las normas que sustenten las respuestas otorgadas a las respuestas anteriores, o me informen si no existe normatividad alguna (ya sea ley, decreto, decreto ley o acto administrativo).

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto al tema consultado, la Constitución Política, señala:

“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.”

ARTÍCULO. 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. Entiéndese 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 1992¹, 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. Exceptúense 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 más de dos juntas.

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien 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".
(Subrayado fuera de texto)

Como se aprecia, la Carta Fundamental prohíbe desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación proveniente del Erario. No obstante, la Ley estableció algunas excepciones a esta limitación. Adicionalmente, también está prohibido para todo servidor público contratar con cualquier entidad pública de cualquier nivel.

Sobre el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su concepto No. 1344 del 10 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Flavio Augusto Rodríguez Arce, manifestó lo siguiente:

"En este orden de ideas, se destaca que el artículo 128 constitucional se encuentra ubicado dentro del Título V "De la organización del Estado", Capítulo 2 "De la función pública"⁵, actividad respecto de la cual la Corte Constitucional precisó en sentencia C-536 de 1998 : "En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento." (Destaca la Sala)

El artículo 122 ibídem señala: "no habrá empleo ⁶público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente". El artículo 13 del decreto 1042 de 1978⁷, la ley 4ª de 1992 y el artículo 73 de la ley 617 de 2000, mencionan la asignación mensual para referirse a la remuneración correspondiente a cada empleo. El artículo 123 de la Carta establece la clasificación de los servidores públicos - los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios -, los cuales están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Por su parte, la ley marco 4ª de 1992, fue expedida en desarrollo de las atribuciones contenidas en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución., según los cuales corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública", y "regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales".

Este estatuto regula - artículo 1° - el régimen salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, de los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, los órganos nacionales autónomos de control, la organización electoral, los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y contempla las asignaciones adicionales que pueden percibirse sin incurrir en la prohibición del artículo 128 de la Carta

Ahora bien, la locución "desempeñar más de un empleo público" que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe "recibir más de una asignación", como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario. En cuanto a los empleos no remunerados previstos en el artículo 122 de la Carta, el legislador deberá proveer acerca de las incompatibilidades de las personas que los ocupen, estableciendo las respectivas excepciones⁸- art 150. 23 íbidem. El legislador establece las respectivas causales de excepción.⁹

El artículo 123, a su vez, dentro de la clasificación de los servidores públicos, incluye a los miembros de las corporaciones públicas quienes, aunque ejercen funciones públicas, no tienen la calidad de empleados públicos ni poseen nexo laboral con el Estado, por lo que la prohibición se les aplica a estos, no con fundamento en el artículo 128, sino en las normas especiales de los respectivos regímenes de incompatibilidades que prohíben, a los congresistas, desempeñar cargo o empleo público - arts. 180.1 de la C.P. y 282.1, ley 5ª/92-; a los diputados, aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial - art. 34.1 ley 617/00, y a los concejales, aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública o vincularse como trabajador oficial - art. 45.1 ley 136/94, sustituido por el art. 3° de la ley 177/94 -.

Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa¹⁰ considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos¹¹.

Lo anterior no obsta para que la prohibición contemplada en el artículo 128 de recibir más de una asignación se aplique a todos los servidores públicos, incluidos los miembros de las corporaciones públicas, en todos los casos conforme a la ley, la que prevé lo relacionado con las excepciones a las incompatibilidades¹². Los artículos 187, 299 y 312 de la Carta se remiten a la asignación de los congresistas, a la remuneración de los diputados y a los honorarios de los concejales, respectivamente -.

De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

Alcance de la prohibición respecto de los particulares que celebran contratos con entidades estatales

La legislación en materia contractual corresponde a las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado, ente que en todas sus actividades persigue lograr fines muy precisos - art. 2° de la C. P.-, dentro de un marco que garantice un orden económico y social justo, de lo cual se sigue que la decisión de contratar o de no hacerlo es esencialmente reglada y está supeditada a las necesidades del servicio, de manera que los contratos celebrados por la administración pública, no constituyen por sí mismos una finalidad, sino que representan un medio para servir a la comunidad y promover la prosperidad general.

El principio general que informa el sistema de contratación estatal respecto de los servidores públicos es que estos no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales - arts. 127 de la C. P. y 8°, literal f) de la ley 80 de 1993. En cuanto al particular que contrata con entidades estatales y que no se encuentra dentro de las condiciones acabadas de señalar, no le es aplicable la incompatibilidad de que se trata, precisamente por cuanto no tiene vínculo laboral con la administración ni ejerce funciones públicas. De esta manera, en lo atinente a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas "la ley determinará el régimen aplicable (...) y regulará su ejercicio" - art. 123 de la C. P., los demás no están, en principio, cobijados por la prohibición.

Por la similitud con la materia tratada, la Sala hace especial referencia al contrato de prestación de servicios, que según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, es el suscrito por los entes estatales con personas naturales, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o

funcionamiento de la entidad que no puedan cumplirse con personal de planta o requieran conocimientos especializados; en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.

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.¹⁴

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 públicos¹⁵ y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos¹⁶, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos¹⁷.

Estas consideraciones y las expuestas en los puntos anteriores, permiten concluir que 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 estatal¹⁸. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6º constitucional, al particular contratista sólo le es exigible 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.¹⁹ Por lo demás, el artículo 8º 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.

El artículo 19 de la ley 4ª de 1992 prevé que el servidor público puede recibir honorarios por concepto de hora cátedra y de servicios profesionales de salud, que constituyen verdaderas asignaciones dado el nexo laboral administrativo, remuneración que de manera obvia es distinta de la que bajo el mismo nombre, recibe el contratista de prestación de servicios, pues su naturaleza difiere de la asignación por no ejercer el colaborador de la administración función pública alguna."

Del pronunciamiento expuesto, podemos extraer las siguientes premisas:

La prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta, está referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado.

Los términos contenidos en la prohibición "desempeñar más de un empleo público" y "recibir más de una asignación", tienen, cada uno consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario.

La prohibición contemplada en el artículo 128 de recibir más de una asignación se aplica a todos los servidores públicos, incluidos los miembros de las corporaciones públicas, en todos los casos conforme a la ley.

Al particular que contrata con entidades estatales, no le es aplicable la incompatibilidad en estudio, precisamente por cuanto no tiene vínculo laboral con la administración ni ejerce funciones públicas.

Los particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la Ley 80 de 1993², 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.

Adicionalmente, 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, en el que se no se encuentra una incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Una persona natural puede tener varios contratos de prestación de servicios con varias entidades públicas por cuanto la prohibición contenida en el artículo 128 Constitución Política está dirigida a servidores públicos, personas que tienen un vínculo laboral con el estado. Los particulares contratistas, no tienen este vínculo y, en tal virtud, no les es aplicable la prohibición.

Adicionalmente, el Estatuto de Contratación, la Ley 80 de 1993, no contiene una inhabilidad o incompatibilidad que indique a los particulares que no pueden tener más de un contrato con una entidad oficial.

Un Edil es un servidor público al que, por tener esta calidad, le está prohibido contratar con cualquier entidad oficial, prohibición expresamente señalada en el artículo 127 de la Constitución y en la Ley 80 de 1993.

Las normas aplicables al caso analizado son:

Artículos 127 y 128 de la Constitución Política.

Artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Pronunciamientos de las Altas Cortes.

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

²“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:45:23