



**Función Pública**

## Concepto 86881 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000086881\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000086881

Fecha: 18-03-2019 04:53 pm

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. De contratista para ser vinculado como empleado público en periodo de prueba conservando su calidad de contratista. Radicado: 20199000023232 del 23 de enero de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la inhabilidad de un contratista de fundación privada que celebró contrato con entidades públicas para ser vinculado como empleado público en periodo de prueba conservando su calidad de contratista, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>2</sup> 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).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, respecto de la prohibición para que un empleado público suscriba contratos estatales o reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, la Constitución Política de Colombia, establece:

«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. 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. 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.

(...».

La Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

«DOBLE ASIGNACION - Prohibición

«Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo».

De conformidad con la norma y jurisprudencia expuestas, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público y se encuentra inhabilitado para 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, lo cual es aplicable al caso materia de consulta.

Respecto de 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<sup>3</sup>. 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». (Subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, no es viable suscribir un contrato por interpuesta persona con entidades Estatales con el fin de obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse, o para eludir las inhabilidades e incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Por su parte, la Ley 80 de 1993<sup>4</sup>, dispone:

«ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

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

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- 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.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos. (...)». (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, por expresa prohibición legal los servidores públicos no podrán celebrar contratos directa o indirectamente por interpuesta persona con las entidades u organismos del Estado.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que como quiera que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades, al ser restricciones para el acceso o el ejercicio de la función pública, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley, y no se considera procedente la aplicación analógica de las mismas.

Ahora bien, no se evidencia inhabilidad o prohibición alguna para que un empleado público suscriba contratos con el sector privado (distinto de los abogados<sup>5</sup>), por medio de una fundación de la cual es su representante legal, y en ese sentido pueda prestar sus servicios de manera particular o en entidades del sector privado, siempre y cuando sus servicios los preste fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como empleado público<sup>6</sup>.

De otra parte, por expresa prohibición constitucional y legal, los empleados públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos con las entidades u organismos públicos del Estado o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos ya sea en forma directa o indirectamente como es el caso objeto de su consulta.

En consecuencia, los empleados públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos de manera indirecta por medio de una fundación con entidades u organismos públicos o con particulares que administren recursos públicos.

Por tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que en el evento en que una persona haya celebrado contrato con una fundación que contrata con entidades estatales, se vincule como empleado público, le sobrevendría la inhabilidad contemplada en el artículo 8º literal f) de la Ley 80 de 1993, situación que le obligaría a ceder los contratos previa autorización escrita de la autoridad contratante, o si ello no fuere posible deberá renunciar a su ejecución.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

AMGC/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

4. «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»

5. Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007

6. Numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002

---

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:04:49