



Concepto 6731 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000006731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000006731

Fecha: 21-01-2019 04:11 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibiciones para postularse al cargo de Contralor Departamental. RAD. 20189000343552 del 11 de diciembre de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual en la cual consulta si las actividades realizadas por una persona vinculada mediante contrato de prestación de servicios con una empresa social del Estado pueden enmarcarse dentro del ejercicio de un cargo público, y en este sentido si un contratista que deberá desarrollar sus actividades en una empresa social del Estado del nivel departamental estaría inhabilitado para postularse al cargo de Contralor Departamental, me permito informarle lo siguiente:

Con respecto a si la ejecución de un contrato de prestación de servicios corresponde al ejercicio de un cargo público, es pertinente acudir a lo dispuesto la Constitución Política de Colombia que establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 123. 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".

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto 855 de 1996¹, definió al servidor público así:

"Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento."

Frente a la noción de empleado público, se tiene que es una clase de servidor público que se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto se concreta en el nombramiento y la posesión. En esta modalidad el régimen del servicio está previamente determinado en la ley; por regla general el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro se rigen, por regla general, por el sistema de carrera administrativa.

En cuanto a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", dispone:

"ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3o. 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."

El numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, señala:

"ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;(...)."

Frente a la inquietud referente a si los contratistas tienen la calidad de servidores públicos, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1344, 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 administración; 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 establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos." (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, 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 con particulares, no obstante, estos no tienen la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, respecto a las inhabilidades para postularse al cargo de Contralor Departamental, la Constitución Política señala:

"ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

<Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

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

<Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

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 como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, no podrá ser elegido Contralor Departamental, Distrital o municipal quien haya ejercido dentro de los doce (12) meses anteriores, cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 47000-23-33-002-2016-00074-02 de fecha 7 de diciembre de 2016, señaló frente a la inhabilidad para ser contralor lo siguiente:

"5. Lineamientos generales acerca de la inhabilidad contemplada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución Política.

El régimen jurídico colombiano prevé una serie de inhabilidades para el acceso a los cargos públicos, las cuales tiene como propósito garantizar que los principios que deben regir la función pública se materialicen y se hagan efectivos⁴⁰. Por supuesto, el cargo de contralor no es la excepción, razón por la que en la misma Carta Política se impusieron una serie de restricciones al acceso a dicha dignidad.

En efecto, el Constituyente de 1991 estableció, entre otras limitaciones, una inhabilidad para aquellos que aspirasen a ejercer como contralores en las distintas entidades territoriales del país. Según esta prohibición no podía ser electo como contralor quien dentro del año anterior a la elección se hubiese desempeñado como miembro de una corporación pública -asamblea o concejo- o quien hubiere ocupado cargo público "del orden departamental, distrital o municipal"⁴¹.

(...)

Como puede observarse, son básicamente dos los cambios que la reforma constitucional introdujo, de un lado, se precisó el nivel del cargo público que debía ocuparse, de forma que sin lugar a dudas se explicitó que aquel debía estar en el "nivel ejecutivo" y, de otro, en plena armonía con la modificación realizada, se eliminó la salvedad contemplada en el texto primigenio relativa a la docencia.

Es de resaltar que pese a las modificaciones introducidas por la reforma constitucional, esta Sección señaló que la finalidad de la inhabilidad se mantenía incólume, debido a que su propósito era el mismo, esto es, "evitar que las personas que pudieron haber influenciado en la elección, dado el cargo que desempeñaban en el año anterior a la misma, accedan al mismo².

Bajo este panorama normativo, no cabe duda que según el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución- modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2015- no podrá resultar electo como contralor quien dentro de año anterior a su elección -elemento temporal- haya ocupado cargo público del "nivel ejecutivo" -conducta proscrita- del orden departamental, distrital o municipal -elemento territorial-.

Ahora bien, debe recordarse que frente la interpretación de cada uno de estos elementos las partes tienen posturas diferentes. Por ello, corresponde a esta Sala Especializada determinar su alcance a efectos de dilucidar si tal como afirman los recurrentes aquellos se encuentran acreditados en el caso concreto. Veamos:

5.1 La conducta prohibitiva

(...)

Para la Sala, por las razones que se explicarán, es la tesis de la parte demandante la que debe privilegiarse, como quiera que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil conlleva a sostener, sin lugar a dudas, que la expresión "nivel ejecutivo" contenida a la norma superior incluye también a los empleos superiores a este nivel, es decir, los catalogados en el nivel asesor y directivo.

(...)

Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil del inciso 8° del artículo 272 de la Constitución impone colegir que "si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría del mismo conlleva.

(...)

Así las cosas, la Sección Quinta reitera su postura y colige que la expresión "nivel ejecutivo" contemplada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución abarca tanto dicha categoría, como las que sean superiores a la misma, tales como el nivel asesor y directivo."

5.2 Elemento territorial

(...)

Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse simplemente que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, sin que tenga incidencia alguna la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.

(...)

5.3 Elemento temporal

De la simple lectura de la inhabilidad objeto de estudio, se colige sin lugar a dudas, que el cargo del nivel ejecutivo en la entidad territorial debió ocuparse dentro del año anterior a la elección. De forma que, para entender por acreditado este elemento deberá probarse que la conducta se desarrolló durante el año anterior a la designación. (...)" (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con el Consejo de Estado, la inhabilidad contemplada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política tiene una conducta prohibitiva que deduce que la expresión "nivel ejecutivo" incluye los empleos de este nivel jerárquico como los que sean del nivel asesor y directivo.

De igual forma sostuvo esta Corporación, que ésta inhabilidad contiene un elemento territorial que para materializarse debe probarse simplemente que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, sin que tenga incidencia alguna la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer como contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

D Castellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. El alcance de esta disposición se precisó en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 41001-23-31-000-2012-00064-01. Providencia del 24 de abril de 2013. M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

2. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, radicación 88001-23-33- 000-2016-00026-01 CP. Carlos Moreno Rubio. Ddo. Mayla Gayleen Saams Contralora de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:34:19