



Concepto 365961 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000365961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000365961

Fecha: 05/10/2021 05:36:31 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Contratista para ser Contralor Departamental. RAD.: 20219000620632 del 12 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona que está ejecutando un contrato de prestación de servicios en una entidad pública del orden departamental, puede ser elegido como Contralor en el respectivo ente territorial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Frente a las inhabilidades para ser elegido Contralor Departamental, la Constitución Política señala:

"ARTÍCULO 272. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

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 la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. (...)" (Destacado nuestro)

De conformidad con la norma constitucional transcrita, no podrá ser elegido contralor departamental quien, durante el año anterior a la elección, hubiere desempeñado cargo público en la Rama Ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Con relación a la conformación de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, la Ley 489 de 1998¹, señala:

"ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;

- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (...)

ARTICULO 39. INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

(...)

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la anterior norma, la rama ejecutiva del orden nacional está compuesta por un sector central y un sector descentralizado por servicios. La conformación de la rama ejecutiva en el nivel territorial deberá corresponder a lo contenido en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que en la administración territorial, la organización político administrativo del departamento o del municipio se encuentra conformada por un sector central y un sector descentralizado por servicios.

Adicionalmente, y en virtud del inciso cuarto del artículo 39 de la Ley 489 de 1998, las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Ahora bien, como quiera que en la modificación reciente sobre inhabilidades para elección de contralor departamental, distrital o municipal no se especifica el nivel del cargo público, en criterio de esta Dirección Jurídica estará inhabilitado para aspirar a ser elegido en dicho cargo, quien haya ocupado en el último año, cargo público de cualquier nivel, en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Por otro lado, 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

(...)

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." (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 éstos 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 2006, afirmó lo siguiente con respecto al cargo público en la Carta Política:

"I. 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:

"(...)

7. 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 5º, 6º y 7º, 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 1º de 2004 artículo 1º 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 -y 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”. (Destacado nuestro)

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*”.

De acuerdo con lo anterior, 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, Consejero Ponente 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 la jurisprudencia citada, 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.

Por otra parte, en relación con la inhabilidad para ser elegido Contralor Departamental por haber celebrado un contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, del 24 de febrero de 2005, Radicación número: 88001-23-31-000-2004-00001-02(3480), explicó:

"Ahora bien, para la demostración de los supuestos fácticos de la inhabilidad que se analiza obra en el expediente copia del contrato de prestación de servicios número 023 celebrado el 2 de enero de 2003 entre el Hospital Timothy Britton E.S.E. y el Señor César Augusto Hernández Rojas, con el objeto de prestar los servicios en el manejo de costos, cuyo plazo de ejecución fue de tres meses (folios 108 y 109). Dicha copia, al igual que la de otros documentos relacionados con la ejecución del mencionado contrato (póliza de seguro de cumplimiento, certificado de disponibilidad presupuestal, certificaciones de recibo a satisfacción de los servicios prestados y facturas, folios 110 a 123), fueron recaudadas en la inspección judicial practicada por el a quo en las instalaciones del mencionado Hospital.

En esta forma, para la Sala es claro, como lo fue para el Tribunal, que con tales documentos no puede tenerse por demostrado que el Señor César Augusto Hernández Rojas haya ocupado un cargo público dentro del año anterior a su elección como Contralor del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues si bien es cierto que celebró contrato con una empresa social del Estado, esa circunstancia no implicó para él ejercicio de cargo público alguno, según se explica a continuación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política, la calidad de servidor público se predica de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

De manera que esta disposición adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado, pues ésta comprende las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos, que se vinculan al servicio oficial mediante una relación legal y reglamentaria, y la de los trabajadores oficiales, cuyo vínculo con el Estado se genera en virtud de un contrato de trabajo.

Ahora bien, el artículo 32 de esa misma Ley define el contrato de prestación de servicios como aquel 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".

De manera que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante, es decir por servidores públicos, o cuando se requieren conocimientos especializados. Es claro, entonces, la autonomía y la independencia de la persona que actúa en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, pues ello constituye el elemento esencial de este contrato. Por tanto, no es posible admitir confusión alguna con los elementos configurativos de la relación laboral, principalmente los que se relacionan con la continuada subordinación laboral que se exige en un contrato de trabajo. (Destacado nuestro)

- De conformidad con el análisis precedente, esta Dirección Jurídica considera que una persona que haya suscrito un contrato de prestación de servicios con un ente territorial, no se encuentra inhabilitada para ser elegida como contralor municipal, distrital o departamental, por cuanto ésta no desempeña un cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, tal como lo establece la prohibición que se encuentra contemplada en el artículo 272 Constitucional.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:33:57