



## Concepto 161141 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000161141\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000161141

Fecha: 29/04/2022 02:23:37 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que una persona que labora como contratista en una alcaldía local y tiene como obligaciones los procesos del área de contratación, aspire a participar de otra localidad para ser elegida como edil o debe renunciar a su contrato? RADICADO: 20222060150972 del 04 de abril de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la inhabilidad que se podría configurar si un contratista es elegido como edil de la misma localidad, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional<sup>1</sup> y el Consejo de Estado<sup>2</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.

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por 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, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para ser elegido como edil, la Ley 136 de 1994<sup>3</sup> dispone:

ARTÍCULO 124º. Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

1. Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.
2. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y
3. Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo previsto en la norma, se encuentran inhabilitados para ser elegidos como ediles, entre otros, los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas.

Ahora bien, respecto de la naturaleza jurídica de las Juntas de Acción Comunal la Ley 743 de 2002<sup>4</sup>, consagra en el artículo 6º, que “para efectos de esta ley, acción comunal, es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad”.

Así mismo, el artículo 8º de la misma ley 743, indica que “la Junta de Acción Comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa”.

En cuanto a la naturaleza de la vinculación de los contratistas, tenemos que La Ley 80 de 1993<sup>5</sup>, frente al contrato de prestación de servicios estableció:

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

### 3. 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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Por su parte el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce dispuso:

“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.

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 públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.” (Resaltado nuestro)

De conformidad con lo señalado anteriormente, es posible afirmar que los contratistas de prestación de servicios no están inmersos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos, por esa razón, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales.

En este orden de ideas, se tiene que, una vez adelantada la revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los ediles, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no existe impedimento para que un contratista de prestación de servicios se postule y eventualmente sea elegido como edil, en razón a que los contratistas no son considerados servidores públicos.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de que el contratista elegido edil continúe con su contrato, tenemos que la Ley 136 de 1994, señala:

ARTÍCULO 126. INCOMPATIBILIDADES. Los miembros de las Juntas Administradoras Locales no podrán:

1. Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral 2o., de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura.
2. Celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que adelante se establecen.
3. Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.
4. <Numeral adicionado por el artículo 44 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito.

PARÁGRAFO. El funcionario municipal que celebre con un miembro de la Junta Administradora Local un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta”.

De acuerdo con la norma citada, los miembros de las Juntas Administradoras Locales no pueden, so pena de perder la investidura; aceptar cargo alguno, o celebrar contrato en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, salvo las excepciones legales establecidas.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, un miembro de una Junta Administradora Local no podría continuar con un contrato de prestación de servicios con una entidad pública del mismo municipio o distrito, por lo que en caso de ser elegido deberá presentar renuncia al mismo.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

- 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 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.
- 4 “Por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal”.
- 5 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.