



Función Pública

Concepto 46761 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000046761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000046761

Fecha: 06/02/2020 03:59:38 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Parentesco. Radicado: 20209000003392 del 3 de enero de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un concejal en ejercicio puede contratar con una entidad privada que contrata con el Estado teniendo en cuenta que la ejecución del contrato la va realizar en el mismo municipio. Así mismo, se pregunta sobre la inhabilidad para contratar al pariente de un concejal en la Empresa Social del Estado del municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política, frente a la prohibición para que los servidores públicos celebren contratos por sí o por interpuesta persona, o en representación de otros con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, dispone:

«ARTICULO 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. (...)

ARTICULO 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».

De acuerdo con la Constitución, 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.

Por su parte, la Ley 136 de 1994¹, determina las incompatibilidades de los concejales en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán: (...)

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste. (...)

ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión». (Subraya fuera del texto)

En este sentido, los concejales en ejercicio de sus funciones no pueden celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

Esta prohibición tendrá vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, y en caso de renuncia se mantendrán durante los 6 meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

El Consejo de Estado mediante Sentencia con radicado número: 13001-23-33-000-2014-00333-01 del 21 de enero de 2016, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, respecto a la celebración de contratos con entidades del Estado por parte de los Concejales, afirma:

«Inicialmente debe señalarse que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000⁵, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades.

Sin embargo, a juicio de la Sala, y contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el artículo 127 de la Carta Política consagra una incompatibilidad para los concejales, en la medida en que son servidores públicos, consistente en la prohibición de celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas, mientras ostenten tal condición, salvo las excepciones legales. (...)

En cuanto a la celebración de contratos, la regla constitucional aplicable es la del artículo 127, inciso 1º, de la Carta, que cobija a los concejales como servidores públicos y que dice:

"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".

Por otra parte, es evidente que de ninguna manera se rompe el principio de igualdad respecto de los demás colombianos -como lo sostienen los impugnadores-, pues las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen. La igualdad, en su genuino sentido -debe la Corte reiterarlo- no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí -las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad- de aquéllas que son diversas, pues respecto de éstas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad- sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes. (...)"

A su turno, esta Sala afirmó lo siguiente:

"(...) EL ARTÍCULO 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.

Quiere decir que quien pretenda encontrarse en una situación de excepción, no sólo debe alegarla, sino también demostrarla.

No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir 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".

Así las cosas, en principio, o por regla general, los concejales, en tanto servidores públicos se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla, respecto de lo cual la demandada se remite a la Ley 136 de 1994, y de ella invoca el artículo 45, del cual deduce que la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.

Para claridad del punto conviene traer la disposición pertinente de dicho artículo, así:

"ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán: (...)

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política. (...)" (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Existe, entonces, una relación armónica y complementaria entre el artículo 127 de la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por lo que las disposiciones de la norma de carácter legal no pueden ser tenidas, de ninguna forma, como excepciones al artículo 127 de la Carta Política, tratándose, por ello, de una norma especial que no impide la aplicación, en sus demás ámbitos, de la disposición citada de la Carta Política.

En esa medida, conforme se acreditó en el proceso, el demandante celebró, en representación de otro (la sociedad INVERSIONES BISVAR I.P.S. S.A.S.), un contrato con una entidad pública (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), mientras ostentaba la condición de concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), esto es, de servidor público, por lo que incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política y, en consecuencia, en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades». (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se considera que está inmerso en incompatibilidad el concejal de un municipio que celebra contrato con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, fondos públicos, sean contratistas del mismo municipio o reciban donaciones de éste.

Así como tampoco podrán celebrar contratos con otras entidades del Estado, toda vez que infringiría lo establecido en el artículo 127 y en el

numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, y de percibir otra asignación del tesoro, salvo las excepciones contempladas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Ahora bien, respecto a la vinculación del pariente del concejal en la Empresa Social del Estado del municipio, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000², respecto a la prohibición de vincular o contratar parientes de los concejales, establece:

«ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903-08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.' > Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil». (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, y tratándose de un municipio de sexta el cónyuge, compañero(a) permanente, parientes dentro del segundo grado de consanguinidad (padres, hijos y hermanos), primero de afinidad (suegros) o único civil de los concejales se encuentran inhabilitados para contratar directa o indirectamente con el municipio.

Con fundamento en lo expuesto, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Se configura incompatibilidad para el concejal que suscribe un contrato por orden de prestación de servicios con una empresa de carácter privado que ejerce como contratista del municipio.

3. Respecto a la contratación de parientes de los concejales, y como no se indica cual es el pariente a contratar, corresponde al interesado determinar si la persona a la que hace referencia en su comunicación, se encuentra dentro de los grados de parentesco expresamente prohibidos por la norma.

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: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».
2. «Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional»

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:06:03