



Función Pública

Concepto 089941 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000089941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000089941

Fecha: 15/03/2021 01:50:10 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un concejal “celebre un contrato verbal” para la publicación de un edicto emplazatorio y pagar para ello una suma de dinero, a sabiendas de que la emisora es propiedad del Municipio donde es concejal? RAD. 20212060113602 del 03 de marzo de 2021.

En atención a su interrogante de la referencia, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que el concejal de un municipio “celebre un contrato verbal” para la publicación de un edicto emplazatorio, toda vez que la emisora es de propiedad del municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que los servidores públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

Las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, imposibilitan el ejercicio de las funciones. Las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia las define como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)

Así las cosas, las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. De manera que las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc.

Debe resaltarse que las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario acudir a las disposiciones que regulan la materia consultada, así:

La prohibición para que los servidores públicos, como es el caso de los concejales celebren contratos estatales, se encuentra en el Artículo 127 de la Constitución Política, el cual establece:

“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, el literal f) del numeral 1°) del Artículo 8° de la Ley 80 de 1993¹, establece que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con las entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Frente al tema, el Consejo de Estado mediante Sentencia radicación núm.: 44001 2331 000 2004 00056 01 de 10 de marzo de 2005, consejero ponente Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, respecto a la celebración de contratos con entidades del Estado por parte de los concejales, señaló:

“4. 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”. (Resaltado nuestro)

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, se deduce que los concejales municipales al considerarse como miembros de corporación pública tienen la calidad de servidores públicos.

La Ley 136 de 1994², respecto de las incompatibilidades de los concejales señala:

«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.

“(…)”

PARÁGRAFO 2o. *El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él 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.*

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.» (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la anterior norma, existe prohibición para que un concejal municipal suscriba un contrato estatal con los organismos y entidades públicas, dicha incompatibilidad se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo.

De acuerdo con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, el concejal municipal, al ser un servidor público se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con entidades del Estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 127 Constitucional y el numeral 1º, literal f) del Artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4º del Artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, respecto de los contratos estatales, señala la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. <Ver Notas del Editor> *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:*

1o. Contrato de Obra.

2o. Contrato de Consultoría.

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

4o. Contrato de Concesión.

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Igualmente, la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente ha considerado sobre el perfeccionamiento del contrato estatal lo siguiente³:

“La suscripción y el perfeccionamiento de un contrato estatal hacen referencia al acuerdo de voluntades al que llegan las partes, el cual se eleva por escrito. Por su parte, la legalización del contrato es un término que no contempla la normativa del Sistema de Compra Pública y que en la práctica se utiliza para referirse a todos los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución.

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; (ii) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (iii) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa”.

Como puede observarse, el contrato estatal tiene unas particularidades para que pueda considerarse como tal, razón por la cual, para que pueda configurarse la inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del empleo de concejal el contrato a celebrarse deberá cumplir con los requisitos señalados.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, no toda compra y venta de servicios que se realice con una entidad pública puede considerarse como un contrato estatal, por lo que, en el presente caso al no presentarse los elementos del contrato, no existiría impedimento para que un concejal publique a través de la emisora del municipio un edicto emplazatorio.

Por último, me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”
2. “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”
3. <https://colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-de-ejecucion-del-contrato-estatal>

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:47:45