



Función Pública

## Concepto 117691 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000117691\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000117691

Fecha: 02/04/2021 03:08:49 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Prohibición para parientes de ser representantes legales de entidades prestadoras de servicios públicos. RAD. 20212060131582 11 de marzo de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Un tío de un alcalde puede fungir como representante legal o administrador o miembro de algún órgano de dirección de una Asociación de Usuarios de un Acueducto que presta el servicio público domiciliario en el respectivo municipio? Lo anterior, considerando establecido en el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 y el numeral 15.4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

2. ¿Es posible celebrar convenios o contratos con dicha Asociación de Usuarios mientras su familiar (Tío), tiene el rol de representante legal o administrador o miembro de algún órgano de dirección?

Sobre el tema, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, "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", señala:

"ARTÍCULO 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. 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.

(...).

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes 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.

(...)”

De acuerdo con el artículo citado y para efectos de la consulta, no podrá ser, entre otros, representantes legales de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios los parientes de alcaldes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad. Tampoco podrán suscribir contratos con entidades públicas del respectivo municipio.

Para el caso objeto de estudio, los tíos-sobrinos se encuentran en el tercer grado de consanguinidad y, por tanto, dentro de las prohibiciones expuestas en el artículo 49.

Respecto a las personas autorizadas para prestar un servicio público domiciliario, la Constitución Política indica en su artículo

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.” (Se subraya).

Como se aprecia, la Carta permite que los servicios públicos sean prestados, entre otros, por comunidades organizadas, o por particulares de acuerdo con lo establecido en la Ley.

Ahora bien, la Ley 142 del 11 de julio de 1994, “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, dispone:

“ARTÍCULO 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17.” (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, la norma permite la prestación de servicios públicos a través de diferentes formas asociativas dentro de las cuales se encuentran las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

Por su parte, el Decreto 421 de 2000, por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, establece:

“ARTÍCULO 1º. **Ámbito de aplicación.** Para los efectos de lo establecido en la Ley 142 de 1994, en cuanto a los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, podrán prestar dichos servicios en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, las comunidades organizadas constituidas como personas jurídicas sin ánimo de lucro.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, también podrán prestar los servicios públicos descritos, en los municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, las demás personas prestadoras de servicios públicos autorizadas por los artículos 15 y 20 de la Ley 142 de 1994, las cuales no son objeto de reglamentación en este decreto.

ARTÍCULO 2º. Se consideran municipios menores los correspondientes a las categorías quinta (5ª) y sexta (6ª), definidas por los artículos 6º de la Ley 136 de 1994 y 93 de la Ley 388 de 1997.

Son áreas rurales las localizadas por fuera del perímetro urbano de la respectiva cabecera municipal.

Son áreas urbanas específicas, según el artículo 93 de la Ley 388 de 1997, los núcleos poblacionales localizados en suelo urbano que se encuentren clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación socioeconómica vigente.

ARTÍCULO 3º. Las personas jurídicas descritas en el artículo 1º de este decreto deberán, según lo dispuesto por los artículos 40 del Decreto 2150 de 1995, 7º del Decreto 427 de 1996 y 3.9 de la Ley 142 de 1994, registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en su respectivo domicilio, inscribirse ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y obtener las respectivas concesiones, permisos y licencias a que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

De conformidad con la Ley 142 de 1994 y el citado Decreto Reglamentario, la prestación de servicios públicos puede hacerse a través de diferentes formas asociativas, entre ellas, las organizaciones autorizadas conforme a dicha ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, como comunidades organizadas constituidas como personas jurídicas sin ánimo de lucro para prestar servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas.

Sobre este tipo de asociaciones, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia emitida el 23 de febrero de 2017, dentro del expediente con Radicación número: 05001 23 33 000 2016 01296 01 (PI), y ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato Valdés, señaló lo siguiente:

“En ese sentido la expresión entidades que presten servicios públicos domiciliarios es específica frente a su acepción genérica en el lenguaje natural de la palabra entidades (entendidas como personas jurídicas) e incluso frente a quienes pueden prestar servicios públicos, los cuales están señalados en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 con la denominación de “PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS”; pero a la vez es genérica en relación con las personas jurídicas a quienes por definición legal les está dado ese objeto, como es el caso de las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial que antes de esa ley venían prestando algunos de esos servicios como su principal objeto, y de las empresas de servicios públicos previstas en la citada ley, a las cuales justamente debían convertirse aquellas entidades descentralizadas después de la vigencia de la misma y por mandato de ella.

De modo que cuando el artículo 40, numeral 3, de la Ley 617 de 2000 alude a entidades que presten servicios públicos domiciliarios, se está refiriendo a las entidades que tenían como objeto legal dicha prestación, sea cual fuere su denominación (empresa, instituto o establecimiento público), al igual que a las empresas de servicios públicos delimitadas en la Ley 142 de 1994.

(...)

De suerte que dentro de lo que la ley relaciona como personas que prestan servicios públicos cabe distinguir las que son entidades prestadoras de esos servicios (entidades descentralizadas y empresas de servicios públicos) y las que no son entidades prestadoras de tales servicios, como serían las de los numerales 15.2., 15.3. y del artículo 16, esto es, las “*personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos*”; los “municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley”, y los productores de servicios marginales, que son aquellos que los producen para sí por falta de suministro regular del servicio y mientras éste no sea prestado por una empresa, entidad u organización autorizada, y no lo ofrezcan de forma masiva a terceros.

(...)

En el caso del numeral 15.4., “Las organizaciones autorizadas” conforme a esa ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, se debe destacar que son diferentes a los productores marginales, ya que ellas están sujetas a la Ley 142 de 1994, y los productores marginales no, excepto a sus artículos 25 y 26, salvo que ofrezcan el servicio de forma masiva a terceros, caso en el cual quedan sujetos a dicha ley.

(...)

De lo dicho se puede colegir que otro elemento o criterio que complementariamente a lo antes expuestos determina que una persona distinta de los municipios se deba considerar como entidad que presta servicios públicos es que lo haga para consumo masivo de terceros, tal como lo hace una empresa de servicios públicos, y ello es lo que viene a explicar la inhabilidad, ya que de allí puede generarse un poder institucional y amplio sobre los miembros de la comunidad que le permita a quien aparece al frente del servicio situarse en una situación de ventaja objetiva, es decir, no por su ascendencia personal y social sobre la comunidad, sino por el control exógeno a la comunidad, es decir, ajeno a ella, de un instrumento de alta incidencia en la comunidad. Esa ventaja institucional u objetiva es la que se busca evitar en la confrontación política bajo las reglas y postulados de la democracia, y no la ventaja que surge de las condiciones personales y sociopolíticas de las personas, como son las propias del liderazgo social, ya por razones ideológicas, políticas, religiosas o gremiales, por el grado de servicio a la comunidad, etc., pues esa ventaja la otorga la misma comunidad según el grado de reconocimiento y aceptación que por dichas razones tenga la persona entre sus miembros, en la cual, justamente es que se suelen hacer fincar legítimamente las posibilidades de acceder al apoyo de los electores. (...)»

(...)

Como lo señaló el Procurador Primero Delegado ante esta instancia, la causal de pérdida de investidura por la incompatibilidad presentada no guarda relación con la forma sino con el aspecto sustancial de la prestación del servicio público domiciliario, porque la causal no está restringida o limitada por la naturaleza jurídica y la constitución del tipo de empresa o entidad, sino que comprende en forma general a quienes presten servicios públicos domiciliarios, independientemente de la forma que adopten.

(...)

En la sentencia del 5 de marzo de 2009<sup>1</sup>, esta Sala reiteró lo expuesto en la sentencia del 18 de mayo de 2006, subrayando lo siguiente:

«(...) Sobre el particular, la Sala ya tuvo la oportunidad de analizar el sentido de la expresión «entidades que presten servicios públicos

domiciliarios» de que trata el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 en sentencia de 18 de mayo de 2006<sup>2</sup> de esta Sección que por su pertinencia para el caso sub examine se reitera.

Después del análisis de la normativa que regula la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de los particulares en la Ley 142 de 1994, esta Sala llegó a la conclusión de que independientemente de su forma de constitución, para efectos del cuadro de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 617 de 2000, son entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, además de las empresas de servicios públicos constituidas por acciones y que llevan el sufijo «E.S.P.», lo son también las entidades descentralizadas que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994 desarrollaban dicha actividad, así como aquellas organizaciones autorizadas conforme a dicha ley para prestarlos en municipios menores, en zonas rurales y áreas o zonas urbanas específicas.

Se dijo, además, que también deben ser consideradas dentro del espectro de las entidades que prestan servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que generan un servicio público para autoconsumo, del mismo modo que los productores de servicios marginales, cuando suministren los bienes o servicios característicos de las empresas de servicios públicos de manera masiva a una comunidad cuya prestación implique a favor de aquella cualquier tipo de remuneración.

En el contexto anteriormente expuesto, reciben el tratamiento jurídico de entidades que prestan servicios públicos para todos los efectos, aquellas que conforme al artículo 14, numeral 14.21, desarrollan la actividad de prestación de servicios públicos domiciliarios, definidos por dicha normativa, de la siguiente manera:

«14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo.»

Siendo así, siempre que una entidad, cualquiera que sea su denominación, desarrolle cualquiera de las actividades previstas como servicios públicos domiciliarios en el numeral 14.21 del artículo 14 recién citado y lo haga para consumo masivo de terceros, se entenderá que se trata de una entidad prestadora de servicios públicos conforme al numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por lo que si su gerente, director, representante legal o cualquiera que fuere su denominación, resultare elegido concejal en un lapso menor a un año contado a partir de la fecha de su renuncia, se encontrará inhabilitado para posesionarse en el cargo.

Lo anterior viene explicado desde la perspectiva política que supone el poder institucional y amplio del cargo de representante legal de una entidad que presta servicios públicos domiciliarios sobre los miembros de la comunidad en que presta los bienes y servicios que desarrolla, más aun, en aquellas comunidades de escasa población, en las que dicho cargo representa ventaja sobre los demás candidatos y aspirantes al mismo cargo.

(...)

Al socaire de las consideraciones que anteceden, resulta fácil entender que aquellas entidades privadas sin ánimo de lucro constituidas para la prestación de servicios públicos domiciliarios en zonas rurales, sean consideradas como tales por el legislador.

Es precisamente por ello, que aún a pesar de tratarse de entidades sin ánimo de lucro pertenecientes al sector privado, tales entidades se encuentran obligadas a informar el inicio de sus actividades a la Comisión de Regulación de Agua Potable y a la Superintendencia de Servicios Públicos (Art. 11.8. de la Ley 142 de 1993); a contar con las respectivas licencias o contratos de concesión para el uso de las aguas y con los permisos ambientales y sanitarios previstos en la ley (Art. 25 incisos 1º y 2º ejusdem); a acreditar su idoneidad técnica y su solvencia financiera (Art. 25 inciso 3º ejusdem<sup>3</sup>; a obtener los permisos municipales y a constituir las garantías que se les exijan (Art. 26 ejusdem).<sup>4</sup>

Al fin y al cabo, el artículo 13 de la ley 142 de 1993, les hace extensiva la aplicación de los principios consagrados en su capítulo I, para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten.

(...)

Para la Sala no resulta lógico considerar que el legislador al expedir la Ley 617 de 2000 hubiera restringido el alcance de la conducta aquí analizada al previsto en la Ley 142 de 1994, ni mucho menos que una misma conducta tenga un alcance, cuando de violación al régimen de inhabilidades se trata y otro diferente si se está en presencia de violación al régimen de incompatibilidades.

En conclusión, lo que buscó el legislador al consagrar en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades la prohibición de ser representante legal o miembro de junta o consejo directivo de entidades o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en el respectivo Municipio, no fue otra cosa diferente a la de que el candidato a concejal, diputado o edil, o quien ya fungiera como tal, prevalido de la importancia que per se reviste la prestación de dichos servicios y los recursos y contratos que están involucrados en la misma, no tuviese ventaja electoral frente a los demás, ventaja esta que es predicable respecto de todas las personas jurídicas que por ley están autorizadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios, llámense empresas, entidades u organizaciones.”

Del fallo citado y de los preceptos legales referenciados, podemos extractar las siguientes premisas:

- La Constitución y la Ley permitieron a particulares y organizaciones privadas sin capital público (organizaciones autorizadas), prestar servicios públicos, entre ellos, de acueducto.

- La figura de la inhabilidad respecto a estas organizaciones autorizadas, se explica por cuando de allí puede generarse un poder institucional y amplio sobre los miembros de la comunidad que le permita a quien aparece al frente del servicio situarse en una situación de ventaja objetiva, es decir, no por su ascendencia personal y social sobre la comunidad, sino por el control exógeno a la comunidad, es decir, ajeno a ella, de un instrumento de alta incidencia en la comunidad.

- Lo anterior viene explicado desde la perspectiva política que supone el poder institucional y amplio del cargo de representante legal de una entidad que presta servicios públicos domiciliarios sobre los miembros de la comunidad en que presta los bienes y servicios que desarrolla.

- La inhabilidad no guarda relación con la forma sino con el aspecto sustancial de la prestación del servicio público domiciliario, porque la causal no está restringida o limitada por la naturaleza jurídica y la constitución del tipo de empresa o entidad, sino que comprende en forma general a quienes presten servicios públicos domiciliarios, independientemente de la forma que adopten.

- Las organizaciones autorizadas (como entidad sin ánimo de lucro) reciben el tratamiento jurídico de entidades que prestan servicios públicos para todos los efectos.

- Lo que buscó el legislador al consagrar en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades respecto a los representante legales o miembro de junta o consejo directivo de entidades o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en el respectivo Municipio, fue prever que éstos no tuviesen ventaja electoral frente a los demás, ventaja esta que es predicable respecto de todas las personas jurídicas que por ley están autorizadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios, llámense empresas, entidades u organizaciones debido a la importancia que per se reviste la prestación de dichos servicios y los recursos y contratos que están involucrados en la misma.

- La importancia de las organizaciones autorizadas para prestar el servicio público, está reflejada en la obligación legal de registrarse ante la Cámara de Comercio respectivo y su inscripción ante la Superintendencia de Servicios Públicos y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. El tío de un alcalde no podrá fungir como representante legal o administrador o miembro de algún órgano de dirección de una Asociación de Usuarios de un Acueducto que presta el servicio público domiciliario en el respectivo municipio, por cuanto la norma prohíbe a los parientes señalados en el artículo 49 de la Ley 617 de manera expresa que no pueden ser o desempeñarse como tal, indistintamente de que se trate de una entidad pública o un ente autorizado como lo son las entidades sin ánimo de lucro conformada por particulares, esto por su posición privilegiada ante la comunidad.

2. Tampoco será posible para el tío del alcalde que funge como representante legal o administrador o miembro de algún órgano de dirección, suscribir contratos con el municipio, por cuanto el mismo artículo citado prohíbe a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (dentro del cual se encuentra el tío), ser contratista del municipio donde su pariente funge como alcalde.

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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:28