



Función Pública

Concepto 369071 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000369071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000369071

Fecha: 07/10/2021 01:34:20 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES-IMPEDIMENTO. ¿Existe impedimento para que un concejal que desde hace 12 años es presidente de la Junta de Acción Comunal de su barrio, participe de una convocatoria a nivel departamental y que a su vez es aprobada, ejecute el proyecto aprobado por el Departamento para la junta de su barrio? Radicado 20212060623172 del 14 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que un concejal que desde hace 12 años es presidente de la Junta de Acción Comunal de su barrio, participe de una convocatoria a nivel departamental y que a su vez es aprobada, ejecute el proyecto aprobado por el Departamento para la junta de su barrio, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que el Artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, señala:

“ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. 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 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

(...)

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este Artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas."

A su vez, el Artículo 8 de la citada Ley, dispone:

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

(...)

f) <Literal adicionado por el Artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este Artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Cabe anotar que de acuerdo con el Artículo 123 de la Constitución Política existen tres categorías distintas de servidores públicos, los cuales a su vez, están sometidos a diferentes regulaciones en cuanto al ejercicio de sus funciones, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Siendo servidores públicos los siguientes:

- Los miembros de las Corporaciones Públicas.
- Los Empleados Públicos y
- Los Trabajadores Oficiales.

Es así como la clasificación de “servidores públicos” es una denominación genérica que trae la Constitución y que comprende la clasificación de servidores al servicio del Estado, encontrándose dentro de ellos a los Concejales.

Por otra parte, en cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”.

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público, por sí o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Es decir, como empleado público no podrá contratar con entidades privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el Artículo 127 de la Constitución y el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en especial cuando éste ejerce como representante legal.

Por otra parte, se tiene que la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, expresa:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que

administren tributos procedentes del mismo.

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.

5. <Numeral adicionado por el Artículo 41 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.

(...)

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 nuestro)

De acuerdo con el Artículo 47 de la Ley 136 de 1994, los concejales, durante el ejercicio del cargo no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo. Así mismo, no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos, de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Estas incompatibilidades se extienden hasta la terminación del periodo constitucional respectivo; si renuncian faltando seis (6) o más meses para la culminación del periodo, éstas incompatibilidades continuarán durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Cabe anotar que un concejal no se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el numeral 3 del Artículo 45 de Ley 136 de 1994, en el entendido que no está impedido para ser el presidente de una Junta de Acción Comunal, por cuanto dicha junta no pertenece a los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo, ni son empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

No obstante como concejal que ejerce simultáneamente como presidente de una junta de acción comunal, no podrá suscribir contratos directa o indirectamente con entidades del Estado, porque estaría inmerso en la prohibición establecida en el Artículo 127 de la Constitución Política.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, resultará viable que como Concejal y presidente de la Junta de Acción Comunal de su barrio ejecute el proyecto aprobado por el Departamento, siempre que dicha ejecución no implique la suscripción de algún contrato o convenio con la entidad pública respectiva.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:31