



Función Pública

Concepto 149491 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000149491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000149491

Fecha: 19/04/2022 04:42:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Edil. Incompatibilidad para contratar con el estado. RAD. 20229000150322 del 1° de abril de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un Edil puede contratar por prestación de servicios fuera del municipio de Manizales donde fue elegido, por ejemplo, en una entidad descentralizada del departamento de Caldas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre los servidores públicos, la Constitución Política establece:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (...)”.

“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.

(...)”

De acuerdo con la Constitución, los ediles al ser servidores públicos como miembros de una corporación administrativa de elección popular, no pueden 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 artículo 12 de la ley 80 de 1993, indica:

“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.

(...)”.

Ahora bien, la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", señala:

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

(...)

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.

(...)

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."

Conforme a la norma transcrita, durante el ejercicio de su actividad el edil no podrá suscribir contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado mediante Sentencia Radicación núm.: 13001-23-33-000-2014-00333-01 del 21 de enero de 2016, Consejero ponente Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, respecto a la celebración de contratos con entidades del Estado por parte de los servidores públicos señaló:

"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 públicos⁶, 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.

Así lo ha confirmado, inicialmente la Corte Constitucional, en la Sentencia C-194 de 1995, y posteriormente, esta Sala, en sentencia del 10 de marzo de 2005¹.

La Corte Constitucional, en la citada sentencia, señaló:

"(...) Las normas acusadas

a) Concejales

- Ha sido acusada la primera de las causas de incompatibilidad de los concejales, prevista en el artículo 45, numeral 1º, de la Ley 136 de 1994. En virtud de ella se impide a los miembros de los concejos municipales aceptar o desempeñar cualquier cargo en la administración pública y vincularse a ella como trabajadores oficiales o contratistas, so pena de perder la investidura.

En lo que respecta al desempeño de cargos, la constitucionalidad de la disposición resulta plenamente avalada por el artículo 312 de la Carta, que en su inciso final, refiriéndose precisamente a los concejales, expresa: "La aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta".

Si bien es cierto la disposición constitucional mencionada no consagra la consecuencia de pérdida de la investidura para la señalada incompatibilidad, ello no implica discrepancia entre las dos normas, puesto que, al fin y al cabo, al perder la investidura se incurre en falta absoluta. Pero -lo más importante- es la propia Constitución, en su artículo 291, la que manifiesta sin que pueda darse lugar a dudas, que "los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura".

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:

"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".

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:

(...)

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

(...)

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, esta Dirección Jurídica considera que está inmerso en incompatibilidad el edil que suscriba contratos estatales con otra entidad pública, de cualquier nivel, pues como servidor público infringiría lo establecido en el artículo 127 y en el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

En caso 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": </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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

¹Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Bogotá D.C., Diez (10) de marzo del dos mil cinco (2005), Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00056-01 (PI),

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:10:19