



Función Pública

Concepto 061721 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000061721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000061721

Fecha: 02/02/2024 12:49:51 p.m.

Referencia: - INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Edil como contratista - RAD. 20249000001992 - del 02 de enero de 2024.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta:

“Un edil de la ciudad de Sincelejo -Sucre, se encuentra estudiando una maestría en la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Bolívar y es miembro del consejo académico territorial de la misma escuela, es posible que por su calidad de edil de una jurisdicción distinta donde goza la calidad de edil puede contratar con ESAP Territorial Bolívar” me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, tenga en cuenta las inhabilidades para para ser elegido edil, que se encuentran en el artículo 124 de la Ley 136 de 1994¹ que establece:

«Artículo 124. Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.

Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y

Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas».

De acuerdo con la norma anteriormente transcrita, no podrá ser elegido miembro de un Junta Administradora Local, entre otros, quien sea miembro de una corporación pública de elección popular, los servidores públicos o miembros de las juntas y consejos directivos de las entidades públicas.

Ahora bien, tenga en cuenta que, según su escrito, el edil hace parte del Consejo académico territorial de la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Bolívar, en ese orden de ideas si su participación en el consejo mencionado es en calidad de servidor público, se encontraba inhabilidad para ser elegido edil.

Por otro lado, es importante destacar que el artículo 127 de la Constitución Política señaló que:

“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 (...)” (Destacado nuestro)

Por su parte, frente a las incompatibilidades de los ediles, la Ley 136 de 1994², señala:

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

Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral 2o., de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura.

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.

(...)

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 o distrito.

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.”

“ARTÍCULO 127. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales 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 miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.” (Subraya fuera del texto)

Sobre el tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-307 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, determina:

“De acuerdo con lo anterior, cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 -"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.

Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la ley 136 se refiere en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio (o ante quienes administren tributos procedentes

del mismo para el caso de los concejales), celebrar contratos o realizar gestiones con funcionarios municipales, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir "en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés", y "ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público."(Artículos 46 y 128 de la ley 136 de 1994)." (Subrayado y negrilla nuestro)

De acuerdo con las normas y jurisprudencia en cita, los miembros de las Juntas Administradoras Locales no pueden, so pena de perder la investidura, aceptar cargo alguno, o celebrar contrato en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas o ser apoderados ante las mismas, salvo las excepciones legales establecidas.

Por lo tanto, un miembro de una Junta Administradora Local se encuentra inhabilitado para ser contratista de una cualquier entidad, hasta tanto termine su período constitucional respectivo, y en caso de renuncia, dicha incompatibilidad se mantendrá durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior, de conformidad con lo artículos 126 y 127 de la Ley 136 de 1994.

Adicionalmente, la Ley 80 de 1993³, consagra:

"ARTICULO 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

(...)

f). Los servidores públicos.

(...)."

Según la anterior disposición, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.". De acuerdo con el texto constitucional, el edil es un servidor público en calidad de miembro de corporación pública.

En relación con el tema objeto de su interrogante la Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-194 de 1995, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, consideró lo siguiente:

"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" (...).

"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.

“En el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo.”

En relación con el tema, el Consejo de Estado mediante Sentencia de radicado número [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.

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:

(...)

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.

(...)

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.

Las excepciones a que se refiere la norma constitucional y que conciernen a los concejales se encuentran previstas de manera taxativa en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, y se observa que el contrato motivo del sub lite no se encuadra en esas excepciones, pues se trata de un contrato de obra con el departamento de la Guajira para ser ejecutado en el municipio de Fonseca, lo cual nada tiene que ver con la clase de contratos indicados en la citada norma, a saber:

“ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos.

a). *En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;*

b). *Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;*

c). *Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público, o condiciones comunes a todos los que lo soliciten;*

c). *(adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000). Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social*

d). *Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.”*

En ese orden, se tiene que la Corte Constitucional, en sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, magistrado sustanciador doctor José Gregorio Hernández Galindo, considera que “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” (...). (subrayas de la Sala).

Para mejor comprensión de la razón de ser de esa incompatibilidad al igual que otras de los concejales, conviene traer lo dicho también en la sentencia referenciada, a saber: “En el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo.”

En esas circunstancias se observa que la situación de la encausada no se encuentra dentro de excepción alguna frente a la comentada regla general, incluso al literal f) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, en la medida en que la normativa especial que le es aplicable no la excluye de la prohibición o incompatibilidad respecto de entidades distintas del orden municipal y que no manejen recursos del mismo orden, sino que la reitera en cuanto al ámbito municipal.

En este caso, los contratos celebrados por la encartada lo fueron con el departamento de la Guajira, cuyo precio fue pagado con recursos del presupuesto del mismo ente territorial, según se estipuló en la cláusula sexta del contrato original.

Por lo tanto es claro que la situación examinada se encuadra en la incompatibilidad descrita en el artículo 127 de la Constitución Política y literal f) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de donde se configura la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 55, numeral 2, de la Ley 136 de 1994, en cuanto hace a la violación del régimen de incompatibilidades, que en virtud de los referidos contratos se le endilga en la demanda a la actora.” (Resaltado nuestro)

De acuerdo con la jurisprudencia citada, que si bien habla de concejales, se deduce que los ediles al considerarse como miembros de corporación pública tienen la calidad de servidores públicos, por ende, determina el Consejo de Estado que, lo previsto en el numeral 2 del artículo 126 de la ley 136 de 1994 no es una excepción a las reglas generales contenidas en el artículo 127 Superior y en el literal f) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 en los que se prohíbe en forma expresa a los servidores públicos la celebración de contratos estatales.

Igual conclusión es asumida por la Corte Constitucional al concluir que, 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.

De esta manera, existe prohibición Constitucional y legal para que un edil suscriba un contrato estatal con los organismos y entidades públicas (de cualquier nivel), dicha incompatibilidad se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo.

Así las cosas y para responder a su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, mientras una persona tenga la calidad de edil, no podrá contratar con ninguna entidad pública, de cualquier nivel.

A su vez, tenga en cuenta que si su calidad dentro del Consejo académico territorial de la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Bolívar, es de servidor público no podrá ser miembro del mismo por su calidad de edil.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor_normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Valentina Alfaro.

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»

Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 18:32:08