



Función Pública

Concepto 126861 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000126861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000126861

Fecha: 05/03/2024 09:07:31 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Concejales vinculados con el sector privado. Radicado No.: 20242060083022 Fecha: 2024-01-29.

"Actualmente soy concejal del municipio, y socio de una ESAL la cual contrato con el municipio. En dicha Asociación no figuro como representante legal. La pregunta es para ejercer como concejal tendría algún problema por la contratación que realizó la ESAL de la cual soy socio?"

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto [430](#) de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

En primer lugar, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación [11001-03-28-000-2016-00025-00\(IJ\)](#) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

"Las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección."

(...) "estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en "hacer", "no hacer", "haber hecho" o "no haber hecho", así como en "ser", "no ser", "haber sido" o "no haber sido."

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía."

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

La normatividad y jurisprudencia citada nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

El Artículo 127 de la Constitución Política, indica:

"ARTÍCULO 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.

(...)." (Se subraya).

De acuerdo con el precepto supralegal, los servidores públicos no pueden suscribir contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas de cualquier orden, o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Sobre lo que debe entenderse por celebrar contratos por interpuesta persona

Por su parte, la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

“ARTÍCULO 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 (...)

Se colige entonces 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.

De otra parte, en cuanto a las incompatibilidades de los concejales, se precisa 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:

(...)

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 2. 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. 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).

Frente al tema, el Consejo de Estado mediante Sentencia de 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.

En ese sentido, se colige que existe prohibición para que un concejal municipal suscriba directa o indirectamente un contrato estatal con los organismos y entidades públicas, dicha incompatibilidad se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo.

Así las cosas, y atendiendo puntualmente su escrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, el concejal municipal, al ser un servidor público se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con entidades del Estado, por expresa disposición contenida en el artículo 127 Constitucional, el numeral 1, literal f) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Respecto de 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 sociedad⁶. 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". (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo si la figura planteada 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.

En este sentido, se considera que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para suscribir contratos estatales de manera directa o indirectamente por medio de empresas o establecimientos abiertos al público de carácter privado.

Así las cosas, si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público se encuentre vinculado con una empresa privada, se considera que el servidor público no podrá suscribir contratos estatales con entidades u organismos públicos, ya sea en forma directa, o indirectamente por medio de la empresa.

Con base en los preceptos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un concejal no podrá suscribir contratos con alguna entidad pública, de cualquier nivel, por sí o por interpuesta persona. Por lo tanto, no podrá, ser socio de una entidad privada que suscriba contratos con el Estado, por cuanto de manera indirecta se estaría viendo beneficiado por dicho contrato.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Merchan

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

Corte Constitucional en Sentencia No. [C-546](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia proferida dentro del Expediente N°: [11001-03-15-000-2010-00990-00](#)(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:43