



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 976 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS09761997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA

Consejero Ponente

CÉSAR HOYOS SALAZAR

Abril veintiuno (21) de milnovecientos noventa y siete (1997)

Radicación 976-97

INCOMPATIBILIDAD Congresista \ excepción legal \ utilidad pública

Cuando en un municipio se ha establecido con el lleno de los requisitos legales, un plan de vivienda de interés social, el municipio puede adquirir los predios destinados a dicho plan, aun cuando éstos sean de propiedad de un congresista, por cuanto tal adquisición ha sido declarada de utilidad pública o interés social por el artículo 10o. de la ley 9ª de 1989; en consecuencia, la negociación del predio por parte del enajenante se presenta por una obligación legal, que constituye una excepción, conforme al artículo 10o. de la ley 80 de 1993, a la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución y el literal f) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993.

...

El Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, a solicitud de un Senador de la República, formula a la Sala la siguiente consulta:

"Podrá el municipio comprar unos terrenos de propiedad de un Senador de la República, sin incurrir en mala conducta por parte del alcalde y de inhabilidad por parte del Senador?".

Informa el consultante que los Ministerios del Interior y de Desarrollo Económico tienen criterios divergentes sobre la materia.

1. CONSIDERACIONES

1.1 La incompatibilidad de los servidores públicos para celebrar contratos con las entidades estatales. En desarrollo del principio de transparencia de la gestión pública, la Constitución Política de 1991 elevó a canon constitucional la incompatibilidad que, para los empleados oficiales, consignaba el numeral 2o. del artículo 10 del anterior estatuto de contratación administrativa, el decreto ley 222 de 1983.

En efecto, el inciso primero del artículo 127 de la Carta preceptúa:

"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".

La noción de servidor público se extiende, conforme al artículo 123 de la misma, a "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

El actual estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993, estableció en el literal f) del artículo 8o. que los servidores públicos "son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales", con lo cual reafirmó la prohibición constitucional, aun cuando le dio carácter de inhabilidad.

El estatuto determinó, para los efectos del mismo, la noción de servidor público en el numeral 2o. del artículo 2o.:

"Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo (se refiere a la enumeración de las entidades estatales, entre las cuales se encuentra incluido el Senado de la República), 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

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas".

En síntesis, esta normatividad no permite que un servidor público, como lo es un congresista, contrate con las entidades estatales, entre las que se encuentran los municipios (letra a, numeral 1o. art. 2o. ley 80/93).

1.2 La incompatibilidad específica de los congresistas para contratar con entidades estatales. Fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente fortalecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, con miras a evitar diversos vicios que se habían presentado en la actividad legislativa en el pasado.

En materia contractual se establecieron concretamente dos incompatibilidades en el artículo 180 de la Carta, el cual prescribe:

"Los congresistas no podrán: (...) 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición. (...) 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones. (...) Parágrafo 2o.- El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta (negrillas fuera del texto)".

Estas incompatibilidades se encuentran reproducidas en el artículo 282 del reglamento del Congreso, la ley 5ª de 1992.

El artículo 283 del mismo trae una enumeración de excepciones a las incompatibilidades, correspondiendo la número 13 a "las demás que establezca la ley".

En suma, a los congresistas les está vedado celebrar contratos con entidades estatales, salvo las excepciones legales.

1.3 Las excepciones legales a las inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal. El artículo 10 de la ley 80 de 1993 contempla las diversas excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades que establece la misma para la participación en licitaciones o concursos y la celebración de contratos con las entidades estatales o la entidad respectiva.

Dice así el referido artículo:

"De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.- No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política (negrillas fuera del texto)".

Por consiguiente, cuando el servidor público deba contratar con una entidad pública como consecuencia de una obligación legal, no se tendrá en cuenta la inhabilidad o incompatibilidad existente para contratar por razón del carácter de servidor público. Esto es, que el valor, principio o derecho consignado en la norma que obliga a contratar prevalece sobre el que sustenta el impedimento para hacerlo.

1.4 La adquisición de un predio destinado a un plan de vivienda de interés social constituye una excepción legal a la incompatibilidad establecida para el enajenante. La consulta se ha planteado "en el sentido de establecer la posibilidad que el municipio de Ponedera (Atlántico) compre unos terrenos de propiedad de un congresista, sin que esta actuación constituya causal de mala conducta para el alcalde e inhabilidad respecto del senador, teniendo en cuenta que los predios se requieren para adelantar un Programa de Vivienda de Interés Social (negrillas fuera del texto)".

En el texto de la consulta se afirma que la alcaldía "insiste en la necesidad de adquirir el predio para desarrollar los planes de vivienda de interés social (negrillas adicionadas)".

La Constitución Política, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, establece que "Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda" (art. 51).

Por otra parte, aunque la Constitución garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, también en forma perentoria dispone que:

"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social... Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. ..." (art.58). Para el caso que nos ocupa, una ley anterior a la nueva Carta, la ley 9ª de 1989, más conocida como ley de reforma urbana, ordena en su artículo 10o.:

"Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los siguientes fines:

b) Ejecución de planes de vivienda de interés social (negrillas fuera del texto)".

Desde la ley 61 de 1936 los municipios han tenido competencia para adelantar planes de vivienda, disposición que fue complementada por medio de las leyes 9ª de 1989, 3ª de 1991 (artículos 17, 19 y 21), 60 de 1993 (art. 2o. num. 4). Para tal efecto, puede actuar directamente o a través de un fondo de vivienda de interés social y reforma urbana.

Por tanto, una vez el municipio determine cuál es el predio urbano o suburbano que le ofrece mejores condiciones para destinarlo a ejecutar un plan de vivienda de interés social dispone el procedimiento de compra, conforme a las normas legales pertinentes. Si requerido el propietario del predio para que haga la venta voluntaria se niega a hacerla, el municipio procederá a decretar la expropiación sustentada en el carácter de utilidad pública o interés social que tiene la adquisición de dicho predio.

En consecuencia, se debe distinguir la venta de un predio que un congresista hiciera a un municipio por un motivo netamente comercial, de la que haga por razón de haber sido seleccionado dicho predio para ejecutar un plan de vivienda de interés social. La primera queda comprendida dentro de la prohibición contemplada en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución y el literal f) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993, mientras la segunda por hacerse con la finalidad de que en ese predio se realice un plan de vivienda de interés social, plan decretado conforme a las disposiciones vigentes y con el lleno de los requisitos legales, operaría la noción de utilidad pública o interés social para dicha venta que en caso de no ser voluntaria, daría lugar a un proceso de expropiación, englobando por consiguiente, esa noción el concepto de obligación legal que constituye una excepción a la incompatibilidad conforme a la ley.

En efecto, habría que entender que por el carácter de predio destinado a una función de utilidad pública o interés social, que por lo mismo puede ser objeto de expropiación, la enajenación voluntaria del mismo ocurre dentro de un procedimiento de obligación legal de venta, que como tal sería una de las excepciones legales a las incompatibilidades, al tenor del artículo 10 de la ley 80 de 1993, dado que de no efectuarse la negociación voluntaria, la venta se haría de manera forzosa por la vía de la expropiación.

En otros términos, la utilidad pública o interés social que reviste el predio, en atención a estar afectado a un plan de vivienda de interés social que va a adelantar el municipio, implica que el bien debe ser necesariamente adquirido por éste, sea que el propietario lo venda de manera voluntaria, de acuerdo con el procedimiento y sin exceder el precio máximo de adquisición establecidos en los artículos 13 y siguientes de la ley 9ª de 1989, sea que lo venda de manera forzosa, mediante el trámite de la expropiación, de conformidad con los artículos 20 y siguientes de la misma ley y normas concordantes.

Dentro de las condiciones y el marco jurídico señalado, el alcalde no incurriría en mala conducta ni el servidor público propietario del inmueble, en inhabilidad.

La expropiación de manera general se presenta cuando el propietario rechaza cualquier intento de negociación, guarda silencio sobre la oferta o no accede a firmar el contrato de promesa o de compraventa, lo cual conduce a que la administración, atendiendo a los motivos de utilidad pública o interés social que prevalecen sobre los intereses particulares, procede a adelantarla con base en la normatividad existente, lo cual conduce a pensar, en el caso comentado, que no sería lógico que la venta forzosa por expropiación fuera lícita mientras que la venta voluntaria no, por la incompatibilidad del enajenante. No. En este evento es claro que se presenta una excepción legal a la incompatibilidad, en el sentido de que la utilidad pública conlleva la obligación legal para el enajenante para vender el predio afecto a un plan de vivienda de interés social del municipio.

Si el predio se destinara a una finalidad distinta, es evidente que no se estaría negociando por una obligación legal y por tanto, no se daría la excepción instituida en la ley; en este caso, la inhabilidad o incompatibilidad tendría plena aplicación.

2. LA SALA RESPONDE:

Cuando en un municipio se ha establecido con el lleno de los requisitos legales, un plan de vivienda de interés social, el municipio puede adquirirlos predios destinados a dicho plan, aun cuando éstos sean de propiedad de un congresista, por cuanto tal adquisición ha sido declarada de utilidad pública o interés social por el artículo 10o. de la ley 9ª de 1989; en consecuencia, la negociación del predio por parte del enajenante se presenta por una obligación legal, que constituye una excepción, conforme al artículo 10o. de la ley 80 de 1993, a la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución y el literal f) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 19:47:03