



Función Pública

Concepto 198531 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000198531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000198531

Fecha: 08/04/2024 08:36:12 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concejales que pretenden suscribir contratos con entidades privadas que reciben recursos públicos.

Radicado No.: 20242060176552. Fecha: 2024-02-26.

Respetado señor, reciba un cordial saludo.

En relación con el escrito mediante el cual consulta sobre la posibilidad de un concejal municipal suscriba contrato de prestación de servicios con una asociación que recibe recursos públicos, esta Dirección jurídica se permite manifestar lo siguiente:

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.

Por otro lado, 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(II) 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).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas 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.

Para efectos de resolver la interrogante en concreto, debemos traer el siguiente marco normativo.

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política, los concejales son servidores públicos. Adicionalmente, el artículo 291 de la norma superior, preceptúa 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.

Frente al tema objeto de su escrito, es importante tener en cuenta que el artículo 127 de la Constitución Política, establece 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...”

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 cubre 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, se deduce que los concejales municipales al considerarse como miembros de corporación pública tienen la calidad de servidores públicos, igualmente, determina el Consejo de Estado que, lo previsto en el numeral 4º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 no es una excepción a las reglas generales contenidas en el artículo 127 Superior.

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 concejal municipal suscriba un contrato con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, dicha incompatibilidad se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, el concejal municipal, al ser un servidor público se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con entidades del Estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 Constitucional.

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 Eduardo Merchán Álvarez.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López Cortés

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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: 2025-11-23 07:58:19