



Función Pública

Concepto 44851 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000044851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000044851

Fecha: 01/04/2014 04:36:51 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Puede el Edil de una localidad desempeñarse como Coordinador del Comité de Medio Ambiente de la Comuna 21 y además ser miembro socio de la Fundación FUNSODECO que a su vez es contratista de la administración municipal? Radicación No. 2014-206-002885-2 del 18 de febrero de 2014.

En atención a la consulta de la referencia, remitida a esta entidad por el Consejo Nacional Electoral y a su vez enviada a esta entidad por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual consulta sobre la viabilidad para que un Edil pueda desempeñarse al mismo tiempo como Coordinador del Comité de Medio Ambiente de la Comuna 21 y como miembro socio de la Fundación FUNSODECO que a su vez es contratista de la administración municipal, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Ley 136 de 1994, *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*, contempla sobre las incompatibilidades de los ediles las siguientes:

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

- 1. Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral 2o., de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura.*
- 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.*
- 3. Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*

8. Adicionado por el artículo 44 de la Ley 617 de 2000. 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.

A fin de establecer que en los eventos contemplados en la comunicación no se esté ante una de las causales de incompatibilidad regladas para los ediles, pasamos enseguida a revisar la actividad que se ejerce como coordinador del Comité de Medio Ambiente de la Comuna 21, para lo cual me permito indicarle lo siguiente:

El Decreto 542 de 2003 expedido por la alcaldía de Cali, *por medio del cual se crea el Consejo Ambiental Comunitario y se conforman los Comités Ambientales Comunitarios en la ciudad Santiago de Cali*, dispone:

Capítulo II

Organización y funcionamiento del Comité Ambiental Comunitario

ARTÍCULO 17. *Definición.* El Comité Ambiental Comunitario es el espacio de Participación Comunitaria donde los diferentes actores sociales de cada una de las veintiún (21) comunas de la ciudad de Santiago de Cali se reúnen para proponer, definir, concertar, negociar y realizar acciones encaminadas a la búsqueda de soluciones de los diferentes problemas ambientales, preservación y defensa del patrimonio ambiental de la comuna y de la ciudad.

ARTÍCULO 18. *Conformación del Comité Ambiental.* El Comité Ambiental Comunitario está conformado por los diferentes líderes y actores sociales de la comuna quienes interesados en el mejoramiento de la calidad de vida y del ambiente se reúnen en asambleas comunitarias para proponer, definir, concertar, negociar y realizar acciones relacionadas con el mejoramiento ambiental de la comuna.

En los términos reglados, el comité ambiental comunitario es un espacio de participación ciudadana conformado por actores y líderes sociales de la comuna interesados en trabajar en los temas ambientales asignados a este Comité.

Por su parte, el Decreto Nº (411.0.20.0750) de Diciembre 7 de 2009. *“Por el cual se Modifica el Decreto 0542 del 2003; a fin de organizar el Consejo Ambiental Comunitario y los Comités Ambientales Comunitarios del Municipio de Santiago de Cali”*, dispone sobre el comité ambiental comunitario:

“ARTÍCULO 2º. Se modifica el artículo 2 del Decreto 0542 del 2003, el cual quedara así: Del Sistema de Gestión Ambiental Comunitario- SIGAC. Está conformado así;

- 1. Por el Consejo Ambiental Comunitario.*
- 2. Por los Comités Ambientales Comunitarios de cada una de las comunas existentes en Santiago de Cali.*
- 3. Por las Comisiones Ambientales Territoriales que se conformen en los diferentes barrios de la ciudad.*

ARTÍCULO 9º. *Se modifica el artículo 16 del Decreto 0542 de 2.003: el cual quedará así: En cada una de las Comunas de Santiago de Cali, se*

conformará un Comité Ambiental Comunitario, el cual, en su respectiva comuna, deberá impulsar las acciones necesarias para mejorar la gestión ambiental municipal e impulsar procesos de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 16 del Decreto 0542/03

Artículo 11º. Se modifica el artículo 21 del decreto 0542 del 2003, el cual quedara así; Organización Interna del Comité ambiental. Los Comités Ambientales Comunitarios de cada Comuna, tendrán una Junta Directiva, que estará integrada por siete (7) personas, distribuidas de la siguiente manera:

a. Un/a coordinador/a general

b. Un/a coordinador/a ejecutivo

c. Un/a secretario/a,

d. Un/a tesorero/a

e. El/a responsable de la Comisión de cultura ambiental y comunicación.

f. El/a responsable Comisión de gestión de conflictos ambientales.

g. El/a responsable Comisión de organización y movilización ambiental.

Sus miembros serán elegidos/as de manera popular y democrática por un período de tres (3) años y podrán ser reelegidos hasta por un período consecutivo.

De acuerdo con la conformación del Comité Ambiental Comunitario, los mismos se integran por ciudadanos que hacen parte de la respectiva comuna a través de una elección popular y democrática, con lo cual es posible establecer que sus miembros para el ejercicio de las funciones indicadas en el Decreto 750 de 2009 no contraen un vínculo laboral alguno con entidad pública y en consecuencia tampoco adquieren la calidad de servidores públicos.

En las condiciones anotadas, no se encuentra impedimento para que quien se desempeña como Edil de una Junta Administradora Local se desempeñe al mismo tiempo como coordinador del Comité Ambiental Comunitario de la comuna 21 de Santiago de Cali

De otro lado, respecto a la posibilidad de hacer parte como miembro socio de una fundación, en desarrollo de lo previsto en el artículo 38 de la Constitución Política, que garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de distintas actividades de las personas en sociedad, no se encuentra impedimento alguno para que se haga parte de la misma y se conserve la calidad de edil.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con la administración municipal, actuando en calidad de socio o miembro de la fundación, me permito indicarle lo siguiente:

Los artículos 127 y 128 de la Constitución Política de Colombia, señalan:

"ARTÍCULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. 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." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, se prohíbe a los servidores públicos, por sí o por interpuesta persona, celebrar contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Además, se prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del erario público se encuentran señaladas en la Ley 4 de 1992, la cual dispone:

"ARTÍCULO 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse (sic) las siguientes asignaciones:

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.*
- f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.*
- g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".

Se precisa que según la sentencia C-133 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, por la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, el término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario o mesada pensional.

Es importante considerar que la Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2°. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2°. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, 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 de aquéllas.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 8 de la citada Ley, dispone:

“ARTÍCULO 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“(…)”

f) Los servidores públicos.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(…)

“14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro

público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas (...)"'. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien en cuanto a 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 sociedad ¹. 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).

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección no es viable que un servidor público, por si o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, si la figura indicada en la consulta 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.

De forma específica, acerca del alcance de la expresión "por interpuesta persona" a que alude el artículo Constitucional citado, me permito remitirme a un aparte del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente AC -5061 del 13 de noviembre de 1997, en el cual se estudia la incompatibilidad de un servidor público que ha contratado con el Estado en su calidad de socio de una empresa privada, en los siguientes términos:

"INCOMPATIBILIDAD DE CONGRESISTA - Celebración de contratos por interpuesta persona / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Procedencia por celebración de contratos por interpuesta persona / CELEBRACIÓN DE CONTRATO - Procedencia de desinvestidura frente a congresista que contrató por interpuesta persona / SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE FAMILIA - Levantamiento del velo corporativo. Celebración de contrato por interpuesta persona. Inhabilidad de congresista / LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO - Procedencia. Intervención de socio mayoritario en sociedad de familia. Configuración de incompatibilidad de congresista

"Estima la sala que la petición está llamada a prosperar porque el Dr. Henry Cubides O, mientras se desempeñaba como servidor público, en su carácter de senador de la República, celebró contratos, por interpuesta persona, con dos entidades públicas, Ecopetrol y el Departamento de Antioquia, Fábrica de Licores de Antioquia. Si bien es cierto no lo hizo directamente o a nombre personal, sí se infiere del acervo probatorio que los concertó a través de la sociedad Coltanques Ltda, de la cual, es el socio mayoritario con un 90% de su capital social, y pese a que el representante legal para la época de la celebración de los contratos era el Sr. Guillermo Cubides O, hermano del congresista. Lo de interpuesta persona se infiere de las pruebas practicadas, porque la contratista Coltanques es una sociedad de responsabilidad limitada de familia; lo que quiere decir, en otros términos, que aunque su representante legal hubiera sido en ese entonces el Sr. Guillermo Cubides O, quien no tenía el carácter de socio, no por eso el demandado dejó de tener en ese mismo lapso el carácter de socio mayoritario con poder decisorio en la gestión social; lo que le permitía, de acuerdo con el contrato social, reasumir los poderes que el artículo 358 del Código de Comercio le confiere a todos y cada uno de los socios en cuanto a representación y administración de los negocios sociales. La negociación por interpuesta persona, ordinariamente cumplida a través de sociedades de personas o de familia, constituye un subterfugio muy socorrido para ocultar la realidad de ciertos negocios o simularlos o para sacar ventajas de orden económico; y, en especial, cuando quien la hace busca por su medio eludir las inhabilidades o incompatibilidades que cobijan o puedan cobijar a sus socios. La negociación en esa forma efectuada se cumple, como se dijo, a través de sociedades, con la creencia común de que el sólo hecho de que la sociedad constituya una persona distinta de sus socios individualmente considerados, será suficiente escudo para burlar la prescripción legal. Y no es suficiente la maniobra para lograr tales fines, porque la identidad de los socios es factor preponderante o primordial en este tipo de sociedades (colectivas o de responsabilidad limitada), máxime cuando son de familia; y pone al descubierto fácilmente cuál de los socios se escuda en las mismas para obtener ciertas ventajas que de otra manera no podría lograr, por impedírselo el ordenamiento jurídico. En el caso subjudice las pruebas recaudadas muestran que los contratos enunciados atrás fueron celebrados por Coltanques Ltda, eludiendo así la prohibición constitucional prevista, entre otros, en los artículos 127 y 180.2 de la carta, porque si bien es cierto la mencionada sociedad es una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, no es menos cierto que el Dr. Cubides Olarte no sólo es el dueño del 90% de su capital y, por ende, el mayor beneficiario de las utilidades que podían reportar tales contratos, sino que él sólo posee el poder decisorio en la gestión social. Como se ve, pese a no existir la prueba directa de la contratación por interpuesta persona, la cadena de medios probatorios explicada y evaluada da certeza suficiente sobre su

ocurrencia.”.

De acuerdo con los términos del fallo del Consejo de Estado, la participación en condición de socio de una sociedad conservando la calidad de servidor público constituye una inhabilidad de orden Constitucional para contratar con el Estado, por corresponder a la figura de interpuesta persona.

En consecuencia, el edil siendo miembro de la fundación, independientemente de la calidad de socio o no, no podrá contratar con entidades públicas o con empresas privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona, ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el numeral 2º del artículo 126 de la Ley 136 de 1994 para contratar con las entidades públicas del respectivo municipio.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

RMM/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:42:08