



Función Pública

Concepto 21641 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000021641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000021641

Fecha: 04/02/2016 03:23:36 p.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad que pudiera presentarse a un concejal para ejercer el Comercio. Radicado: 20152060239222 del 29 de diciembre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Se encuentra inhabilitado un concejal para desarrollar el ejercicio del comercio y como consecuencia de ello deba dar aviso a la respectiva Cámara de Comercio?

FUENTES FORMALES

[Constitución Política](#). Ley [136](#) de 1994¹. Ley [80](#) de 1993². Jurisprudencia Consejo de Estado ANÁLISIS:

En razón a que dentro de las actividades mercantiles que puede desarrollar un comerciante se encuentra la de contratar con entidades públicas y privadas, es preciso analizar las prohibiciones que sobre el particular consagran las disposiciones legales que se relacionan a continuación:

1) Prohibición de los servidores públicos para contratar.

La Constitución Política, con relación a la celebración de contratos por parte de los servidores públicos, establece:

“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.

“(…)”

(2) Incompatibilidades de los Concejales.

La Ley 136 de 1994, con relación a las incompatibilidades de los Concejales, señala:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. *<Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>.*
2. *Ser apoderado antes 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.*
3. *Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*
4. *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.*
5. *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.*

PARÁGRAFO 1o. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra (universitaria) "universitaria" declarado INEXEQUIBLE. Sentencia C-231 DE 1995 Corte Constitucional.*

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.” (Subrayado fuera de texto).*

La Ley 80 de 1993, con relación a las inhabilidades para contratar, consagra:

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

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

(…)

f) Los servidores públicos.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

La Ley 1148 de 2007 por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expone:

“ARTÍCULO 7º: El artículo 66 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

“(...)”

PARÁGRAFO. Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4a de 1992.”

(3) Jurisprudencia Consejo de Estado.

El Consejo de Estado mediante Sentencia Radicación No. 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)

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:

(...)

2. 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.

(...)

4. 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. (Resaltado nuestro)

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 1°, 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 8° 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 8° 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.”

CONCLUSIONES:

De acuerdo a la normatividad y jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente expuestas, se deduce que el Concejal de un municipio como servidor público está impedido para celebrar contrato con entidades del Estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos ya que infringiría lo establecido en el artículo 127 y en el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, salvo las excepciones contempladas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

No obstante lo anterior y en razón a que la prohibición analizada se relaciona con una de las actividades de los comerciante como es la de contratar y no con la del ejercicio del comercio, actividad que conforme la normativa relacionada no se encuentra prohibida, se sugiere elevar la inquietud directamente a la Cámara de Comercio del lugar, con relación a la obligación de comunicarles la inhabilidad analizada, por ser la Entidad competente para pronunciarse sobre los actos que deben ser objeto de registro ante dicha Entidad.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

Jaime Jiménez/JFCA

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:41:22