



Función Pública

Concepto 144651 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000144651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000144651

Fecha: 23/04/2021 06:06:14 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Concejal - Inhabilidad por celebración de contratos. RADICACIÓN: 20212060182982 del 9 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, dirigida inicialmente al Procurador 46 Judicial II Asuntos Administrativo, quien la remite al Consejo Nacional Electoral por competencia, que a su vez dicha entidad la remite a este Departamento Administrativo, y a través de la cual señala:

"En ocasión al Concepto N° 139 emitido por su despacho en el Proceso N° 2019- 623, dirigido a la Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, Magistrada Tribunal Administrativo de Boyacá, especialmente en lo referido a:

"De conformidad con lo anterior no se hace necesario la realización de nuevos escrutinios de que habla el No 2 e inciso 7 del art. 288 del CPACA, por lo que se solicita respetuosamente a su despacho se acceda a las suplicas de la demanda, se declare la nulidad de los actos demandados, se disponga la cancelación de la credencial del señor Miguel Ángel Panadero Dueñez y se le otorgue a Erney Gonzalo Ramos Guataquira, segunda votación del partido alianza verde".

Me permito solicitar concepto ante la siguiente situación:

De ser acogido el concepto N° 139 por el Tribunal Administrativo de Boyacá existiría alguna inhabilidad, incompatibilidad o contravención jurídica que me impidiera posicionarme como Concejal del Municipio de Guateque- Boyacá, toda vez que:

Al no resultar electo como Concejal del Municipio de Guateque por los errores evidenciados en su concepto, durante el 2020, con la misma entidad territorial, celebre dos (2) contrato de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión, a saber:

(...)" (Destacado fuera del texto original)

Inicialmente es importante señalar que, una vez revisado el contenido de su consulta, la misma no resulta clara, ya que no brinda los suficientes supuestos de hecho para realizar un pronunciamiento de fondo. Es decir, no es claro si sus aspiraciones al concejo se harán para los próximos comicios electorales (año 2022) o si, por el contrario, se trata de ocupar una curul en el consejo por obtener el segundo puesto en votación en los anteriores comicios electorales.

No obstante, en el evento en el que se trate de ser designado como concejal, por obtener el segundo puesto en votación, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del 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).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Ahora bien, sobre las inhabilidades para inscribirse y ser elegido como concejal, la Ley 617 de 2000² dispone:

“ARTÍCULO 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el Artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)
3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.(...)” (Destacado fuera del texto)

De conformidad con lo previsto en el numeral tercero del Artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser elegido en el cargo de concejal quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

La inhabilidad anterior se predica al momento de inscribirse para ser elegido en el cargo de concejal; es decir, que para determinar si un aspirante se encontraba inhabilitado para postularse al cargo de concejal, es procedente que el interesado revise las circunstancias relevantes al momento de la inscripción como candidato, en ese sentido, si dentro del año anterior a la inscripción y la celebración de las elecciones locales al concejo, el aspirante al cargo intervino en la gestión de negocios o celebró contrato Estatal alguno con una entidad u organismo público del municipio, se encontraría inhabilitado para inscribirse y ser elegido como concejal.

Lo anterior, en razón a que la norma pretende evitar que quien haya gestionado negocios o suscrito contratos Estatales con una entidad u organismo público pueda influir en la intención de voto de la comunidad.

Situación diferente se presenta en el caso de quien se postuló al cargo de concejal y no resultó electo y posteriormente es llamado a cubrir una vacante definitiva en el cargo de concejal, pues en este caso las normas que regulan la materia no establecen inhabilidad para ser designado como concejal quien dentro del año anterior a su designación como tal, intervino en la gestión de negocios o suscribió algún tipo de contrato Estatal con una entidad u organismo público municipal, pues en este caso ya no hay manera de influir en la intención de voto de la comunidad.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien se postuló al cargo de concejal y no resultó elegido y posteriormente es llamado a cubrir una vacante definitiva en el cargo de concejal, en este caso por *“haber salido a su favor demanda de nulidad electoral de otro concejal”*, por el hecho de haber celebrado un contrato estatal con una entidad pública no tiene la posibilidad de influir en la intención de voto de la comunidad y en consecuencia, no incurre en la prohibición descrita en el numeral 3° del Artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el Artículo 40 de la Ley 617 de 2000, pues se considera que la inhabilidad se encuentra consagrada para quienes van a ser elegidos concejales, proceso que ya se surtió y terminó con quien fue elegido en primer renglón.

Por otro lado, si lo que pretende es aspirar a ser elegido concejal en los siguientes comicios, se recuerda que conforme al Artículo en cita, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido concejal municipal o distrital quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

Con respecto a la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

“En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

“...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución³. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”.

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

“evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de “utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.⁴” (Subrayado fuera de texto).

Pronunciamiento posteriormente confirmado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia de la Dra. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez, Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051, sentencia del 3 de agosto de 2015, que señaló lo siguiente:

“Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:

(...)

Así mismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros”⁵

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución.

De tal forma, es necesario determinar en qué fecha se realizó la celebración del contrato, toda vez que de haberse celebrado dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar al concejo municipal.

También debe tenerse en cuenta que su ejecución no tenga lugar ni incidencia en el municipio de la respectiva elección, según lo establece la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia con radicación número: 23001-23-33-000-2015-00461-02 y ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, oportunidad en la que señaló:

“Para resolver, en relación con el requisito que aquí se estudia, tal como lo dispone la norma, lo que se debe verificar es el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato. Al respecto la Sala ha dicho⁶:

“Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución,⁷ que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute⁸ y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos.”

Entonces, para que se configure la inhabilidad no importa si el objeto contractual se cumplió o no, sino que debe estudiarse el lugar en el que debía ejecutarse o cumplirse.

Para poder establecer el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato en este caso, es necesario revisar tanto los estudios previos de conveniencia y oportunidad como el contrato en su integridad -puesto que no tiene alguna cláusula que se refiera de manera concreta al lugar de ejecución (...).” (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, para que haya lugar a la inhabilidad relacionada con la intervención en la celebración de contratos se requiere:

1. Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel
2. Dentro del año anterior a la fecha de la elección.
3. En interés propio o de terceros.
4. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato al concejo.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica estará inhabilitado para ser concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, independientemente del tiempo que se tarde en su ejecución.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"
4. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
5. Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.
6. Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1° de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245.
7. Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación numero: 13001-23-31-000-2007-00700-00. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia.
8. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
9. Sobre éste tópico ver, entre otras sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 27 de octubre de 2005, expediente 3850.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:06