



Función Pública

Concepto 437441 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000437441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000437441

Fecha: 07/12/2021 06:29:34 p.m.

Bogotá D.C.

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un contratista de prestación de servicios o un servidor público del nivel directivo sean llamados a ocupar curul por renuncia del titular? Radicado 20219000687822 del 02 de noviembre de 2021.

Reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el posible impedimento para que un contratista de prestación de servicios o un servidor público del nivel directivo sean llamados a ocupar curul por renuncia del titular, me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, 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 con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o 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, estas 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, con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera procedente indicar que, respecto de las inhabilidades para ser elegido concejal es necesario acudir a las disposiciones contenidas en la Ley 617 de 2000³, que modifica la Ley 136 de 1994, en los siguientes términos:

“Artículo 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

“(…)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

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. (Subrayado por fuera del texto original).

(...)”

De acuerdo con la norma, se considera que se encuentra inhabilitado para ser elegido como concejal municipal o distrital quien durante el año anterior a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

En cuanto a la autoridad política tenemos que de conformidad con lo previsto en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Respecto de lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad civil o administrativa, los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 señalan que la ejercen los empleados facultados para nombrar y remover libremente a los empleados de su dependencia, celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar y sancionar las faltas disciplinarias, imponer sanciones y multas.

Ahora bien, 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.

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

“...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución⁴. 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 legal⁵.” (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, 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.

Ahora bien, es importante señalar que las prohibiciones citadas se predicen 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, es procedente estudiar las circunstancias relevantes al momento de la inscripción como candidato, en ese sentido se considera necesario revisar si dentro del año anterior a la inscripción y la celebración de las elecciones locales al concejo, el aspirante al cargo ejerció empleo público en el que haya desplegado jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito o celebró 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; de ser así se encuentra inhabilitado para inscribirse y ser elegido como concejal.

Lo anterior, en razón a que la norma pretende evitar que quien haya ejercido un empleo con autoridad civil, política o administrativa o haya gestionado negocios o suscrito contratos 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 inhabilitación para ser designado como concejal quien dentro del año anterior a su designación como tal, haya ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito o haya gestionado negocios o suscrito contratos estatales con una entidad u organismo público, pues en este caso ya no hay manera de influir en la intención de voto de la comunidad.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, tenemos:

1. Tanto las inhabilidades como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la Función Pública y son taxativas y de aplicación restrictiva.

2. La inhabilitación prevista en los numerales 2 y 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, tendientes a restringir la inscripción o elección como concejal municipal a quien dentro del año anterior a la elección haya ejercido como empleado público autoridad civil, política o administrativa, se encuentra encaminada a prevenir que quien se postule al cargo como concejal con su intervención en la gestión de negocios o con la suscripción de contratos pueda influir en la intención de voto en las elecciones locales.

3. No se evidencia norma que inhabilite o prohíba que quien quede en segundo lugar para ser concejal, por el hecho de haber ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito, o haya celebrado contrato que deba ejecutarse en el mismo municipio, posterior a la celebración de las elecciones locales pueda ser designado como concejal.

En este 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 del cargo y en el entretanto se vinculó como empleado público del nivel directivo o suscribió o contrato que deba ejecutarse en el mismo municipio, por este hecho no se encuentra impedido, toda vez que la finalidad de la inhabilitación es impedir la influencia en la intención de voto de la comunidad, por lo que la inhabilitación se encuentra consagrada para quienes van a ser elegidos concejales, proceso que ya se surtió y terminó con su elección en segundo renglón.

Cabe anotar que para poder tomar posesión del cargo de concejal deberá renunciar tanto al empleo público como al contrato respectivo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico
Maia Borja/HHS.

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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:39:41