



Concepto 040521 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000040521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000040521

Fecha: 25/01/2022 02:33:58 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES- Concejal. Contrato de prestación de servicios. Radicado: 20222060024712 del 14 de enero de 2022.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual consulta hasta qué fecha máxima puede suscribir contrato de prestación de servicios con un municipio una persona que participará como candidato al Concejo Municipal en las elecciones del año 2023, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, en relación a las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994¹ modificada por la Ley 617 de 2000², dispuso lo siguiente:

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

“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 fuera del texto original)

Bajo el tenor de la norma citada, no podrá ser 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 mencionados contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

Ahora bien, es importante informarle que la vinculación mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993³, la cual dispone:

“ARTÍCULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayado fuera del texto original)

Es por esto que, los contratos de prestación de servicios son aquellos que se suscriben con las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requiera de conocimientos especializados.

No generan relación laboral ni prestaciones sociales y su término de ejecución será por el plazo estrictamente necesario.

De lo expuesto y para el tema objeto de consulta, la norma es clara señalando como causal de inhabilidad para ejercer en calidad de concejal haber intervenido en la gestión o celebración de contratos en el año inmediatamente anterior con entidades públicas de cualquier nivel en el respectivo municipio, en ese sentido, es preciso diferenciar los dos verbos rectores de la norma, que en sentencia proferida por el Corte Constitucional frente a la gestión de negocios consideró lo siguiente:

“Sin embargo, también podría considerarse -y tal parece ser el criterio subyacente del Legislador- que se requiere un mayor término de inhabilidad para el contratista, pues éste pretende ser jefe de la administración local, cuando algunos meses antes se encontraba defendiendo intereses privados frente a esa misma administración. Habría pues en este caso un verdadero conflicto de intereses, que exige un plazo más amplio para ser subsanado, puesto que el empleado o el trabajador oficial, o quien ejerció autoridad, no tienen tal conflicto, ya que son personas que, como servidores públicos, ya se encontraban al servicio de los intereses generales.” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, en sentencia proferida por el Consejo de Estado⁵ manifestó lo siguiente frente a la causal de inhabilidad por intervención en celebración de contratos tratándose de concejales:

“Se halla establecida en la segunda parte del numeral 3 del Artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Implica: 1) La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero. Así, es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas desde cuando la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado y hasta cuando se logra la suscripción del correspondiente acuerdo. No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual. 2) Además, que el respectivo acuerdo de voluntades se ejecute en el territorio del municipio o distrito. Ello por cuanto la causal de inhabilidad que se comenta busca enervar los efectos que la ejecución de un contrato estatal genera en los electores, quienes asocian los beneficios del bien o servicio que por virtud del acuerdo de voluntades se presta o se provee, con la persona que interviene en la celebración o con el contratista y, 3) Finalmente, que se dé dentro del término de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.” (Subrayado fuera del texto original)

De lo considerado por estas Altas Cortes y para su caso en concreto, se entiende por intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal, como aquella que realizó una persona defendiendo intereses privados en la administración; configurándose así una inhabilidad para la persona electa como concejal que en el año inmediatamente anterior participó en los trámites o diligencias para la adjudicación de contratos para adquirir bienes o servicios en una entidad pública perteneciente a la misma administración municipal.

Si fuere por intervenir en la celebración de contratos, se consideró que es la ejecución de conductas que revelan una participación personal y activa en actos previos a la contratación, en su ejecución o postcontractuales, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero, siempre y cuando aquellas actividades efectuadas se ejecuten en el año inmediatamente anterior en el mismo municipio en el cual fue electo como concejal.

Es de advertir que mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado⁶ determino lo siguiente en lo relacionado a la diferencia que asiste entre la celebración y ejecución de contratos:

“(…) 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 ejecución. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”. (Subrayado y negrita fuera del texto original)

En sentencia citada anteriormente proferida por 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.”

(Subrayado fuera del texto original)

Pronunciamiento que fue ratificado posteriormente por el Consejo de Estado⁷, a saber:

“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”

De estos pronunciamientos, se colige que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. Por ende, 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 de su ejecución.

En este orden de ideas y en criterio de esta Dirección Jurídica, en aplicación a lo dispuesto en la Ley 617 de 2000, “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”; se entiende que quien se postule como concejal, no podrá celebrar contrato de prestación de servicios dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección en el mismo municipio, para que así en el caso que sea electo no se encuentre inhabilitado para ejercer en tal calidad en la respectiva corporación.

Finalmente, 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: Valeria B.

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

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 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.”

³“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de noviembre de 1997, Sentencia C-618/97, [MP Dr. Alejandro Martínez Caballero]

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, 21 de marzo de 2013, Rad. número: 15001-23-31-000-2011-00650-01 [MP Mauricio Torres Cuervo]

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:54:55