



Concepto 397211 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000397211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000397211

Fecha: 03/11/2021 05:04:46 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Inhabilidad para aspirar a una curul en el Congreso por Circunscripción de Paz por suscribir contrato con entidad pública. RAD. 20219000653352 del 4 de octubre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si, como víctima del conflicto armado está inhabilitado para postularse a la curules de paz, debido a que consultado el Acto Legislativo que creó las diez curules de paz y la resolución de la Registraduría resolución 10592 de 2021, no encuentro que se mencionen inhabilidades e incompatibilidades para aspirar a las curules de paz, considerando que ejecutó entre junio y agosto 31 de 2021, un contrato de prestación de servicios con la unidad de restitución de tierras, me permito manifestarle lo siguiente:

El Acto Legislativo Número 02 de 2021, “por medio del cual se crean 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2022-2026 y 2026-2030”, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO TRANSITORIO 1. *Creación de Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz.* La Cámara de Representantes tendrá 16 representantes adicionales para los períodos constitucionales 2022-2026 y 2026-2030, estos serán elegidos en igual número de Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz, uno por cada una de dichas Circunscripciones. La curul se asignará al candidato de la lista con mayor cantidad de votos. Las listas deberán elaborarse teniendo en cuenta el principio de equidad e igualdad de género.”

ARTÍCULO TRANSITORIO 5. *Requisitos para ser candidato.* Los candidatos a ocupar las curules en estas Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes deberán cumplir con los requisitos generales establecidos en la Constitución y en la ley para los Representantes a la Cámara, además de los siguientes requisitos especiales:

1. Haber nacido o habitado en el territorio de la respectiva circunscripción los tres años anteriores a la fecha de la elección o,
2. Los desplazados que se encuentren en proceso de retorno con el propósito de establecer en el territorio de la circunscripción su lugar de habitación, deberán haber nacido o habitado en él al menos tres años consecutivos en cualquier época.

PARÁGRAFO 1. Para los solos efectos del presente acto legislativo, se consideran víctimas aquellas personas que individual -y únicamente hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad- o colectivamente hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de Violaciones a las Normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

La condición de víctima individual o colectiva se acreditará según certificación expedido por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV).

PARÁGRAFO 2. No podrán presentarse como candidatos quienes hayan sido candidatos elegidos o no a cargos públicos, con el aval de partidos o movimientos políticos con representación en el Congreso o con personería jurídica; o quienes lo hayan sido por un partido político cuya personería jurídica se haya perdido, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la inscripción, o hayan hecho parte de las direcciones de estos, durante el último año.

(...)"

(Se subraya).

Como se aprecia, quienes aspiren a las curules de Paz, deberán cumplir con los requisitos generales establecidos en la Constitución y en la ley para los Representantes a la Cámara, además de los requisitos especiales contenidos en el citado artículo 5° transitorio. Ahora bien, como condición para aspirar a ser elegido congresista, la Constitución ha señalado las inhabilidades para acceder al cargo en su artículo 179, así:

"ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

Por su parte, la Ley 5 de 1992 "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", señala lo siguiente:

"ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones para fiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

Según el numeral 3° del citado artículo 179, para que se configure una inhabilidad para ser congresista por haber suscrito un contrato con una entidad pública, deben concurrir los siguientes elementos:

La celebración de contratos ante entidades públicas.

En interés propio o de terceros.

Dentro de los 6 meses anteriores a la elección.

En la misma circunscripción de la elección.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Consejera la Jeannette Carvajal Basto, en sentencia emitida el 13 de abril de 2021, dentro del expediente con Radicación: 11001-03-15-000-2020-03518-01, indicó lo siguiente:

“3.2 Alcance de la inhabilidad contemplada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política

La causal de inhabilidad invocada por el solicitante de la pérdida de investidura, corresponde a la prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, que expresa:

«ARTÍCULO 179. No podrán ser congresistas:

1. (...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5».

La citada norma contempla tres (3) supuestos generadores de inhabilidad para ser congresista, si ocurren durante los seis (6) meses anteriores a la elección del parlamentario: (i) intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas, (ii) la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros y (iii) la representación legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales³³, que tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

El sentido de esta inhabilidad es «*eminente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelanta ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado*»³⁴. De ahí que, «*lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel*»³⁵.

En conclusión, la finalidad de la inhabilidad contemplada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política sujeta el acceso al parlamento al principio de igualdad entre los candidatos, de modo que, propende por evitar que estos, valiéndose de la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, de la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros y en la representación legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales, obtengan ventajas electorales como instrumento para adquirir la calidad de congresista³⁶.

Con respecto a la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros, como causal de inhabilidad de los parlamentarios, que es la que aquí se alega, es necesario mencionar que esta se puede «tipificar en forma directa o indirecta, es decir, por la firma directa del contrato escrito en el que se eleva el acuerdo de voluntades o por interpuesta persona, en este último evento a través de un tercero que celebra el contrato por encargo o aparentando actuar en nombre propio y no de quien realmente se beneficia o deriva provecho del mismo»³⁷.

Para que se configure esta causal de inhabilidad, se parte de la existencia del contrato y se requiere que el congresista elegido haya intervenido en su celebración a través de «*gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos tendientes a su formación, perfeccionamiento y suscripción*»³⁸, de modo que, en cada caso particular se deben examinar esas circunstancias.

Además, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena de lo Contencioso fijó las siguientes reglas aplicables a la causal de inhabilidad por celebración de contratos, así³⁹:

Es admisible que la causal se configure de forma directa o indirecta y, «en ese sentido, el juez de la pérdida de investidura deberá examinar de manera minuciosa la relación que existe entre el congresista y la persona natural o jurídica que presuntamente lo representa, porque no puede realizarse una simple verificación de los firmantes del contrato o de quienes conforman el ente societario que lo suscriben».

La celebración de contratos con entidades estatales atiende al perfeccionamiento del negocio jurídico. «[p]or tanto, los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se entenderán celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, de conformidad con el artículo 41 de esta normativa⁴⁰».

En el caso de los contratos de régimen exceptuado, «como los convenios de asociación, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 8 del Decreto 92 de 2017, establece que le son extensivos los principios de la función administrativa y las normas generales de la contratación pública, salvo lo reglamentado por esta última normativa. Razón por la cual, deberán tenerse en cuenta los requisitos de perfeccionamiento aplicables a cada caso concreto, para determinar en qué momento se entiende celebrado el respectivo negocio jurídico».

No todo contrato suscrito con una entidad estatal tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad, porque «hay escenarios en que el Estado ofrece servicios comunes a todos los ciudadanos, entre ellos, de manera ejemplificadora se destacan los contratos bancarios, como los servicios de cuenta corriente o de ahorros, los contratos de seguros, como las pólizas de seguros de vehículos o de personas y los contratos de salud, como la EPS estatal».

Adicional a lo anterior, en esta oportunidad, es preciso destacar que la ejecución del contrato no hace parte de la conducta inhabilitante señalada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, porque corresponde a una etapa posterior a la contratación, que no fue tipificada por el Constituyente⁴¹.

En otras palabras, la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con dicha acción dentro del periodo inhabilitante señalado en la norma, independientemente del momento de su ejecución o liquidación⁴².

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que para que se configure la causal de inhabilidad de los congresistas por la celebración de contratos con entidades públicas, se requiere en forma concurrente:

La celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros. Es necesaria la intervención del congresista elegido, mediante gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos tendientes a su formación, perfeccionamiento y suscripción del acuerdo de voluntades.

La celebración del contrato se debe realizar dentro de los seis (6) meses anteriores a fecha de la elección del parlamentario, para lo cual se debe atender al perfeccionamiento del negocio jurídico. No se configura la causal en la ejecución o liquidación del contrato.

La ejecución o el cumplimiento del contrato⁴³ se debe realizar en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato⁴⁴»

Del pronunciamiento citado podemos extraer las siguientes premisas respecto a la inhabilidad para ser Congresista por la suscripción de contrato con entidad pública:

El numeral 3° del artículo 179 de la Carta contiene 3 presupuestos para la configuración de la inhabilidad para ser congresista: (i) intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas, (ii) la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros y (iii) la representación legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales, que tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

Respecto a la celebración de contrato, se puede tipificar en forma directa o indirecta, es decir, por la firma directa del contrato escrito en el que se eleva el acuerdo de voluntades o por interpuesta persona, en este último evento a través de un tercero que celebra el contrato por encargo o aparentando actuar en nombre propio y no de quien realmente se beneficia o deriva provecho del mismo.

Se entiende celebrado un contrato cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito.

La ejecución del contrato no hace parte de la conducta inhabilitante.

La inhabilidad por contratar con entidad opera en interés propio o en el de terceros.

La celebración o suscripción del contrato deberá efectuarse dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de elección.

La ejecución o el cumplimiento del contrato se debe realizar en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Una persona que suscribe un contrato dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de elección, no podrá inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes o al Senado (dependiendo de la circunscripción). Las elecciones se llevarán a cabo el 13 de marzo de 2022, así que, quien haya suscrito un contrato con una entidad pública entre el 13 de septiembre de 2021 y el 13 de marzo de 2022, en la misma circunscripción electoral donde pretende ser elegido, estará inhabilitado para acceder a una curul en el Congreso, incluyendo las de Paz. Según lo indicado en la consulta, el contrato se ejecutó entre junio y agosto 31 de 2021 y, en tal virtud, fuera del período inhabilitante para efecto de los contratos administrativos.

No debe olvidarse que además de los requisitos constitucionales y legales para acceder a las Curules de Paz, el Acto Legislativo 02 de 2021 previó otras condiciones, contenidas en su artículo 5° transitorio.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": </eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:50:43