



## Concepto 124251 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000124251\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000124251

Fecha: 25/03/2022 10:01:14 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES de Alcalde Inhabilidad para ser alcalde por suscribir contrato - RADICACIÓN: 20229000101232 del 26 de febrero de 2022.

Respetado señor Flórez:

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita: “(...) se me aclare a modo de interpretación jurídica, lo reglado en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, en sus numerales 2 y 3 específicamente en lo consiguiente [sic] a la siguiente situación fáctica;

“1. Actualmente soy contratista nivel asesor y ejecutor de proyectos rurales en el municipio de Milán del departamento del Caquetá, el proyecto y las labores de contratista las ejecuto específicamente para el municipio de MILAN.

2. Seré candidato a alcalde del municipio de Cartagena del Chaira en el departamento del caquetá, para la elección 2023 -2026.

En ese orden de ideas, me surgen una serie de interrogantes respecto a las inhabilidades para ser candidato, las cuales resumiré a continuación

1. ¿Cuándo debo renunciar al Cargo de contratista de la alcaldía de Milan para poder ser candidato a las elecciones de alcalde de 2023 en el municipio de Cartagena del Chairá teniendo de presente que ambos municipios son del mismo departamento?

2. ¿El término de los 12 meses se refiere especialmente a que la renuncia se debe efectuar 12 meses antes de la inscripción de mi candidatura a la alcaldía?

3. ¿Si soy contratista de una empresa privada que ha celebrado un contrato con la alcaldía de cartagena del chairá para ejecutar proyectos que generan impacto y ejecutan recursos del municipio debo presentar renuncia los 12 meses antes de la elección, teniendo de presente que no estoy contratado directamente con el Estado, sino a través de una empresa privada”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación a las inhabilidades para ser alcalde se indica que la Ley 136 de 1994<sup>1</sup>, consagra:

*"ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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 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. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio (...)"*. (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se tiene que, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Alcalde 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 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.

En ese sentido, sobre la gestión de negocios, la Sección quinta del Consejo de estado, mediante sentencia del 14 de noviembre de dos mil ocho 2008, consejero ponente: Dra. María Nohemi Hernández Pinzón y radicación 73001-23-31-000-2007-00710-01, estableció:

*"La gestión de negocios, como factor inhabilitante y referido a los contratos invocados por la parte demandante, está relacionado con todas aquellas diligencias que adelanten las personas, en beneficio propio o de un tercero y dentro del año anterior a la elección, con el fin de materializar con la administración pública local un negocio, sin importar que llegue o no a concretarse, pues lo que se juzga en estas situaciones es la gestión misma y no su resultado."* (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De la anterior disposición se tiene entonces que la jurisprudencia ha definido la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas como la realización de diligencias, en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, con el fin de obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, como respuesta o resultados de esas gestiones, pues todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones.

Según el Consejo de Estado, la gestión de negocios busca un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente. Actuaciones como los reclamos por facturación, la solicitud de servicios de educación en universidad pública o la compra de mercancías con renta directa al público no se consideran como "gestión de negocios", porque no necesariamente implican el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos a corporaciones públicas o frente a los particulares que también aspiran a obtener algún convenio con el Estado.

En cuanto al tema de celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, se indica que el Consejo de Estado<sup>2</sup> sobre la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos señaló:

*"...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".*

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." (Subrayado fuera de texto).

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 ese orden de ideas, de acuerdo a lo indicado hasta ahora en el presente concepto, la inhabilidad descrita en precedencia se configura si dentro del año anterior a la elección, intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal 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.

Ahora bien, señala en su escrito que es "contratista ejecutor de proyectos rurales en el municipio de Milán del departamento del Caquetá" y aspira a ser candidato a alcalde del municipio de Cartagena del Chairá en el mismo departamento, es decir en un municipio distinto en el cual ejecuta su contrato.

Así las cosas, esta Dirección procede a responder sus interrogantes, así:

*¿Cuándo debo renunciar al Cargo de contratista de la alcaldía de Milan para poder ser candidato a las elecciones de alcalde de 2023 en el municipio de Cartagena del Chairá teniendo de presente que ambos municipios son del mismo departamento?*

Respuesta: Siempre y cuando el contrato no haya sido celebrado con una entidad pública de cualquier nivel en interés propio o de terceros y que el mismo, no deba ejecutarse o cumplirse en el mismo municipio al cual aspira a ser candidato a alcalde, no requiere renunciar a la ejecución del contrato, hasta antes de ser elegido alcalde.

En el evento que haya suscrito contrato con cualquier entidad pública y dicho contrato se ejecute y cumpla en el respectivo municipio al cual aspira, deberá renunciar al contrato 12 meses antes a la correspondiente elección de alcalde.

*¿El termino de los 12 meses se refiere especialmente a que la renuncia se debe efectuar 12 meses antes de la inscripción de mi candidatura a al [sic] alcaldía?*

Respuesta: La inhabilidad descrita en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 se refiere a que, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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 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.

Así las cosas, en el evento de incurrir en esta inhabilidad, el candidato deberá renunciar a su contrato, con mínimo 12 meses anteriores a la elección.

3. *¿Si soy contratista de una empresa privada que ha celebrado un contrato con la alcaldía de cartagena del chairá [sic] para ejecutar proyectos que generan impacto y ejecutan recursos del municipio debo presentar renuncia los 12 meses antes de la eleccion, teniendo de presente que no estoy contratado directamente con el Estado, sino a través de una empresa privada", me permito manifestar lo siguiente:*

Respuesta: Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que se haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, y que éste deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio en el cual se aspira a ser elegido alcalde.

Sobre la celebración en interés propio o de terceros, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, se pronunció con relación a la contratación indirecta o por interpuesta persona, así:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio

quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada". (Subrayas fuera de texto).

En igual sentido, la misma Corporación mediante sentencia del 21 de marzo de 2013<sup>3</sup>, con consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, señaló:

La intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, 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. (Destacado nuestro)

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo con entidades Estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Según la jurisprudencia, la inhabilidad por celebración de contrato con entidades públicas por sí o por interpuesta persona, busca evitar 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.

Así las cosas, aunque el aspirante a ser alcalde suscribió un contrato por interés propio a través de empresa privada, pero la ejecución del mismo y su objeto contractual será desarrollado en una entidad pública del respectivo municipio al cual aspira a ser elegido (Alcaldía), en criterio de esta Dirección Jurídica se configuraría la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

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 [/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: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

3 Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá

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 Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00650-01 Actor: ALVARO ENRIQUE FIGUEROA JIMENEZ Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE TUNJA

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:55:10*