



Concepto 210631 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000210631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000210631

Fecha: 08/06/2022 11:32:58 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Impedimento para ser alcalde municipal por pertenecer a un proyecto comunitario del municipio. Radicado 20222060210962 del 20 de mayo de 2022.

En atención a sus interrogantes contenidos en el oficio de la referencia, relacionados con el impedimento para ser alcalde municipal por pertenecer a un proyecto comunitario del municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 136 de 1994 establece en relación con la inhabilidad para ser elegido alcalde lo siguiente:

“ARTÍCULO 95. Inhabilidades. Modificado por el art. 37, Ley 617 de 2000. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

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 quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades, el impedimento para elección de cargos o de corporaciones públicas, como el consultado, se refiere a dos situaciones particulares;

- La primera relacionada con el ejercicio de autoridad como servidor público en la respectiva circunscripción territorial; y,
- La segunda relacionada con 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.

De acuerdo con lo señalado, se hace necesario establecer la calidad de los miembros de los consejos comunitarios, acudiendo en primer lugar a la naturaleza de los Resguardos Indígenas, señalando sobre el particular el artículo 2.14.7.5.1 del Decreto Único 1071 de 2015, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.14.7.5.1. Naturaleza Jurídica. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e

inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Parágrafo. Los integrantes de la comunidad indígena del resguardo no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo.”

Por su parte, en relación con los Consejos Comunitarios el artículo 2.5.1.2.3 del Decreto Único 1066 de 2015 establece:

“ARTÍCULO 2.5.1.2.3. Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad.

En los términos del numeral 5, artículo 2° de la Ley 70 de 1993, Comunidad Negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario.”

De tal manera, si bien las normas transcritas se ocupan de definir y delinear la naturaleza jurídica de los Resguardos Indígenas y de los Consejos Comunitarios, no permiten evidenciar con claridad si se trata o no de entidades de derecho público. En consecuencia, para dilucidar lo anterior citaremos pronunciamientos de nuestras altas cortes, como sigue:

Así, en lo que hace a los Resguardos Indígenas la Corte Constitucional en Sentencia C-921/07 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, señaló:

“[...] En efecto, los territorios indígenas hoy en día no están contruidos como entidades territoriales indígenas, y por tanto no son personas jurídicas de derecho público, situación que sin embargo no obsta para que se garantice el derecho que tienen a que la ley los reconozca como beneficiarios de recursos del Sistema General de Participaciones, de conformidad con la Constitución, según así lo determina la Ley 715 de 2001.

Precisamente, con el propósito de evitar que, por no haberse conformado aun las entidades territoriales indígenas, los resguardos indígenas no reciban recursos del Sistema General de Participaciones, y atendiendo el deber de la ley de establecerlos como beneficiarios de los mismos, la primera de las disposiciones acusadas consagra que los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el municipio en que este se encuentre, para lo cual deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de la entidad territorial, disposición que no se opone a la Constitución, pues no existe constitucionalmente un mecanismo fiscal para el traslado directo de tales recursos a los resguardos indígenas.

De tal manera, se trata de una situación que obedece justamente a un hecho provisional que vendrá a superarse cuando se expida la ley orgánica de ordenamiento territorial que haga posible la existencia de entidades territoriales indígenas para que entren a formar parte de la descentralización administrativa territorial y por ende adquieran la condición de personas jurídicas de derecho público. Situación transitoria que, en armonía con la Constitución, reconoce otra de las disposiciones acusadas, al disponer expresamente que, cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia.

En efecto, si bien las comunidades y grupos indígenas son titulares de derechos fundamentales, y se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, al no haberse conformado los resguardos indígenas como entidades territoriales indígenas no son personas jurídicas de derecho público, requiriendo por esta circunstancia, y para efectos fiscales, la intermediación de los municipios en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones. [...]” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De otra parte, tratándose de los Consejos Comunitarios, el Consejo de Estado, reiterando su jurisprudencia señaló:

“De esos elementos determinantes de una comunidad negra como la concibió el Constituyente de 1991 y la define la ley, hay uno que no es connatural a dicha condición de afrodescendiente, toda vez que es un elemento físico y externo a la misma, que es el comentado factor territorial y espacial, que precisamente aparece como el factor que explica y justifica la disposición constitucional transitoria en comento, pues

con ella el Constituyente de 1991 quiso proteger el derecho de las comunidades negras sobre las tierras baldías en las zonas rurales que venían ocupando y explotando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, tal como se lee en el referido artículo transitorio 55; de modo que la configuración final del concepto viene tener una connotación étnico-territorial. (Resalto la sentencia)

Pero el legislador no se quedó en esos aspectos socio-culturales y geográficos, para la delimitación de esa figura, sino que quiso darle una entidad jurídica, y es así como le reconoce personería jurídica y la consiguiente aptitud o posibilidad de ser representada legalmente, al disponer la Ley 70 de 1994 en su artículo 5°, inciso segundo, que "Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: (...); escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica"

De suerte que de la interpretación sistemática del artículo 55 Transitorio de la Constitución Política y de la Ley 70 de 1993 vale decir para efectos de uno y otra, que una comunidad negra es una entidad privada con personería jurídica de origen legal conformada por un conjunto de familias que tienen ascendencia afrocolombiana; poseen una cultura propia; una historia común o compartida; tradiciones y costumbres propias; asentadas en un territorio determinado de zona rural, que explotan ancestralmente con métodos de producción propios, cuya administración interna y ejercicio de sus derechos está a cargo del consejo comunitario v un representante legal elegido por este. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De esta forma, conforme con las normas y los apartados jurisprudenciales transcritos, podemos concluir que ni los Resguardos Indígenas, ni los Consejos Comunitarios son personas de derecho público; razón por la cual sus miembros y directivos no se constituyen como servidores públicos, descartándose la primera hipótesis de impedimento de la norma en estudio.

Ahora bien, con respecto a la celebración de contratos, tenemos 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.

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 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)

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 dicho:

“Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución, 6que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute 7 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

(...)”.

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

Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.

Que se haya suscrito dentro del año anterior a la fecha de la elección.

En interés propio o de terceros.

Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato a la alcaldía.

De acuerdo con lo señalado se debe verificar inicialmente si efectivamente existen contratos suscritos con alguna entidad pública, de cualquier nivel.

En cuanto al segundo presupuesto, para que se configure la inhabilidad debe haber sido suscrito dentro del año anterior a la fecha de elecciones, pues como lo indica la jurisprudencia citada, “Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución”.

En cuanto a la tercera condición, es necesario establecer si el contrato se firma en interés propio o de terceros. Y finalmente, se debe verificar si el contrato, se ejecuta o cumple en el municipio en el cual se aspira a la alcaldía.

De cumplirse todos los requisitos expuestos, se configurará la inhabilidad contenida en el numeral 3° del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

De acuerdo con lo señalado me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿El desempeñar un cargo directivo en un proceso comunitario (Consejo Comunitario, resguardo indígena o cualquier forma de organización étnica) genera tipo alguno de inhabilidad para desempeñar el cargo de alcalde municipal del territorio en donde tenga injerencia el proceso comunitario?

Toda vez que los consejos comunitarios indígenas no se constituyen como entidades públicas, sus miembros y directivos no se constituyen como servidores públicos; de esta manera y observando el carácter restrictivo de las inhabilidades, no se encuentra impedimento para su aspiración.

¿En caso de existir contratos que se tengan al interior de los procesos comunitarios contratos del cual se hace parte de la junta directiva en el cargo de Representante legal con alguna entidad de estado en el que se intervenga el territorio del que se tienen aspiraciones electorales

genera algún tipo de inhabilidad?

Respecto de los contratos suscritos, se deberá verificar inicialmente si efectivamente existen contratos suscritos con alguna entidad pública, de cualquier nivel. En cuanto al segundo presupuesto, para que se configure la inhabilidad debe haber sido suscrito dentro del año anterior a la fecha de elecciones, pues como lo indica la jurisprudencia citada, "Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución". Respecto de la tercera condición, es necesario establecer si el contrato se firma en interés propio o de terceros. Y finalmente, se debe verificar si el contrato, se ejecuta o cumple en el municipio en el cual se aspira a la alcaldía.

De cumplirse todos los requisitos expuestos, se configurará la inhabilidad contenida en el numeral 3° del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En caso afirmativo, con cuanto tiempo de anticipación deben cesar los contratos o la representación legal del proceso comunitario.

En caso de encontrarse que se cumple con los requisitos expuestos en la respuesta anterior, si los contratos fueron celebrados dentro de los doce meses anteriores a la elección, el interesado estará inhabilitado para su aspiración, independientemente de que renuncie a su ejecución.

Por último, 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 [/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

Proyectó: Maia Borja

Revisó: Harold Herreño

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural".

"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior".

"Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejera ponente: María Elizabeth García González Bogotá], D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001 -03-24-000-2013-00128-00".

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:05