



Concepto 269051 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000269051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000269051

Fecha: 26/07/2022 02:33:09 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para acceder al cargo por contrato con entidad pública. RAD. 20222060356792 del 13 de julio de 2022.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-AJ-2022-1035 del 5 de julio de 2022, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual informa que tiene contratos de prestación de servicios y de proveedor de bienes con un Municipio, y aspiró a ser candidato para Alcalde en las próximas elecciones. Con base en la información precedente, consulta lo siguiente:

1. ¿A partir de cuando debo renunciar al contrato de prestación de servicios?
2. ¿Hasta cuándo puedo contratar con el Municipio para venderle o proveerle bienes?
3. ¿Cuáles serían los grados de consanguinidad para no inhabilitarme?
4. ¿Las inhabilidades causadas por esos grados de consanguinidad desde cuándo operarían?,
5. ¿Sería a partir de la fecha en que debo renunciar?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, debemos señalar que un contrato administrativo de prestación de servicios, no genera una relación laboral con la entidad contratante. Sobre el particular, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

3. 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 de texto)

Es importante señalar que los elementos del contrato de prestación de servicios y el contrato laboral son diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto por los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Ahora bien, la legislación que prevé las causales de inhabilidad para acceder al cargo de Alcalde, identifica las situaciones contractuales, consagrando causales para quienes tienen una relación laboral con el estado (servidores públicos) y otras para quienes tienen la calidad de contratistas del estado (como lo es quien tiene un contrato de prestación de servicios y un contrato de suministro de bienes). Se trata de la Ley 136 de 1994¹, y respecto a los contratistas, que es el caso planteado en su consulta, indica lo siguiente:

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.

(...)" (Se subraya).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, para que haya lugar a la inhabilidad relacionada con la celebración de contratos se requiere:

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

Que se suscriba 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 al concejo.

Si tan solo alguno de los elementos no se presenta, la inhabilidad no se entiende configurada.

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 ejecución²¹ 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 [3]."
(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 dicho⁴:

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 (...)". (Subrayado fuera de texto).

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

1. Si los contratos con el municipio, los suscribió dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Alcalde y los ejecuta en el municipio donde aspira a ser elegida, estará inhabilitado para aspirar al citado cargo. Cabe aclarar que, aun cuando haya sido uno solo de los contratos, aplica la inhabilidad.
2. Si se configuran los elementos de la inhabilidad analizada por alguno de los contratos suscritos, no podrá inscribirse ni ser elegido alcalde. En este caso, la renuncia a la ejecución del contrato no hace desaparecer la inhabilidad.
3. En caso que no se configuren los elementos de la inhabilidad, podrá participar en la contienda política para acceder al cargo de Alcalde, sin que sea indispensable que renuncie a la ejecución del contrato o deba cederlo.
4. En caso que sea elegido como Alcalde y continúe ejecutando un contrato (siempre y cuando éste no la inhabilite, de acuerdo con el análisis efectuado en el cuerpo del concepto), deberá renunciar a su ejecución o cederlo, pues la Constitución prohíbe de manera explícita que un servidor público (calidad que tiene un Alcalde Municipal), tenga simultáneamente la calidad de contratista del estado.
5. Como se indicó en el cuerpo del concepto, se trata de contratos administrativos y no de una relación laboral con el municipio. En tal virtud, no aplican las causales relacionadas con las modalidades y grados de parentesco que son aplicables a las inhabilidades para quienes son parientes de empleados públicos. En el caso planteado, no se evidencia una relación familiar con servidores públicos, sino que se plantean situaciones relacionadas con contratos administrativos con una entidad del estado, para el caso, el municipio.

En caso de 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

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

2 Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

3 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.

4 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación numero: 13001-23-31-000-2007-00700-00. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia.

⁵ Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

6 Sobre éste tópico ver, entre otras sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 27 de octubre de 2005, expediente 3850.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:59:12