



Función Pública

Concepto 112481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000112481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000112481

Fecha: 15/03/2022 05:55:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para aspirar al cargo de Alcalde por suscripción de contrato con el ICBF. RAD. 20229000112772 del 8 de marzo de 2022.

En la comunicación de la referencia, informa que en la actualidad se desempeña como representante de una fundación, entidad sin ánimo de lucro, que es aliada estratégica del ICBF para la prestación de los servicios ofrecidos en sus distintas modalidades. Así mismo, informa que desde el 24 de febrero de 2022, suscribió un contrato de aporte en nombre y representación de la fundación de emprendedores construyendo futuro en el departamento del Tolima, municipio de Anzoategui. Aspira a ser elegido Alcalde del municipio de Río Quito en el departamento del Chocó para las elecciones del 2023, para ocupar el cargo del alcalde a partir del 1 de enero de 2024. Con base en la información precedente, consulta lo siguiente:

1. Hasta qué fecha puede ser representante de la entidad sin ánimo de lucro.
2. Si puede ser elegido alcalde y tomar posesión sin que tenga que terminar del cargo en la entidad sin ánimo de lucro.
3. Si se genera inhabilidad representar una figura jurídica sin ánimo de lucro y suscribir contrato de aporte con el ICBF un año antes de la inscripción de la candidatura.
4. Si hay impedimentos para ejercer la labor de representante legal, gestionar y suscribir contratos en favor de la fundación siendo candidato o estando a un año de las inscripciones y elecciones.
5. Si la suscripción del contrato de aporte genera inhabilidad para ser elegido en un cargo de elección popular.
6. En caso de ser elegido alcalde, cuál sería la fecha máxima en la que puedo fungir como representante legal de la persona jurídica.

Inicialmente debe precisarse que la participación en una entidad sin ánimo de lucro del sector privado, no genera *per se* una inhabilidad para aspirar a ser elegido en el cargo de Alcalde Municipal. Sin embargo, en su calidad de representante legal de la misma, puede incurrir en algunas de las causales de inhabilidad para su postulación al citado cargo de elección popular. Veamos.

Las inhabilidades para aspirar al cargo de Alcalde están determinadas en la Ley 136 de 1994, modificada por La Ley 617 de 2000, que en su artículo 37, dispone:

“ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"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.

(...)"

De conformidad con la norma citada, 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, que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute 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 (...)”. (Subrayado fuera de texto).

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

1. Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel
2. Dentro del año anterior a la fecha de la elección.
3. En interés propio o de terceros.
4. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato a la alcaldía.

Ahora bien, en la consulta se indica que el aspirante a la alcaldía suscribió, en su calidad de representante legal de una entidad sin ánimo de lucro, un contrato con el ICBF, entidad del nivel nacional, cumpliéndose la primera condición.

Si el contrato fue firmado o suscrito dentro del año anterior a la elección, se configura la segunda. En cuanto al interés, siendo el representante legal de la empresa, se asume que el interés está fincado en la persona jurídica que representa.

En cuanto a la ejecución, en el contrato remitido con la consulta, se evidencia que se ejecuta en el municipio donde pretende postularse para ser elegido alcalde y, por ello, se configura el cuarto elemento.

Ahora bien, en caso de ser elegido Alcalde, la Ley 617 de 2000, *“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”*, señala:

ARTÍCULO 38. Incompatibilidades de los Alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.
4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.
5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.
6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.” (Se subraya).

Según la citada norma, quien es elegido Alcalde Municipal, no podrá, entre otras actividades, intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas, o desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, concluye lo siguiente:

1. Su participación como representante legal de la entidad sin ánimo de lucro del sector privado no genera por sí misma, inhabilidad para aspirar al cargo de alcalde. No obstante, las actividades que realiza en cumplimiento de esta representación, como la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, pueden configurar una inhabilidad para acceder al citado empleo.
2. En caso de ser elegido Alcalde y tome posesión del cargo, no podrá continuar con las actividades en la entidad sin ánimo de lucro, por cuanto la legislación establece que los Alcaldes, estando en ejercicio de sus funciones, no podrán intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas, o desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado. sin que tenga que terminar del cargo en la entidad sin ánimo de lucro.
3. Si el contrato con el ICBF se suscribió dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección de Alcalde, y se debe ejecutar o cumplirse en el municipio donde aspira a ser elegido alcalde, estará inhabilitado para ser elegido en el cargo citado.

La inhabilidad que se genera por la suscripción del contrato con el ICBF, debe contabilizarse un año hacia atrás de la fecha de elección. La acción que provoca la inhabilidad es la suscripción o firma del contrato, no la ejecución. Por lo tanto, si suscribió el contrato dentro de los 12 meses anteriores a la elección, se entiende que estará inhabilitado para acceder al cargo de Alcalde.

4. Como se indicó en el punto 1, ser representante legal de una entidad sin ánimo de lucro no genera por sí misma, la inhabilidad. Lo que genera la inhabilidad es la suscripción del contrato en calidad de representante legal.
5. Cualquier tipo de contrato con una entidad pública genera la inhabilidad.
6. En caso que sea elegido Alcalde, (si el contrato con el ICBF no le genera la inhabilidad), podrá tener la calidad de representante legal de la entidad sin ánimo de lucro hasta antes de la fecha de elección. Por lo tanto, las formalidades legales que le permiten separarse de la representación legal deberán estar agotadas para esa fecha.

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.

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: 2024-12-11 18:52:30