



Concepto 063061 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000063061

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000063061

Fecha: 13/02/2023 03:35:46 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Radicado: 20232060016782 del 10 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1. *¿Puede un contratista firmar cualquier tipo de modalidad de otrosí de un contrato suscrito antes de los doce (12) meses de la elección?*
2. *¿Podría el posible candidato firmar una cesión de contrato?*
3. *¿Cuál sería la fecha límite para que un posible candidato firme orden de prestación de servicios por fuera del municipio al que desea aspirar? ¿hasta cuándo puede tener el contrato?*
4. *¿Puede una persona aspirar a ser candidato en las elecciones 2023, si a la fecha tiene una resolución condenatoria del CNE que se encuentra en debate, mediante recurso de reposición?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica

ni extensiva de las mismas.

Inhabilidades para ser concejal

La Ley 617 de 2000 modificatoria de la Ley 136 de 1994 sobre las inhabilidades para ser concejal en razón de contratos, establece:

Artículo 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal 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 distrital 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 o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

(...).

Por consiguiente, para que se configure la inhabilidad relativa a la celebración de contratos se requiere:

Intervenir en la celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Dentro del año anterior a la fecha de la elección.

Ante entidades públicas de cualquier nivel.

En interés propio o de terceros.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos que se precisa en la inhabilidad, afirma:

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.

De acuerdo con el alto tribunal administrativo, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, la fecha a tener en cuenta es el momento de suscripción del contrato y no su ejecución. En otras palabras, debe observarse la fecha del contrato que se ejecuta, es decir, de haberse celebrado dentro de los 12 meses antes a la elección se configura la inhabilidad.

De no estar incurso en la inhabilidad, tenga en cuenta que, la celebración en interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, es causal constitutiva de incompatibilidad para los concejales. Máxime cuando la Ley 80 de 1993, artículo 8°, literal f) prohíbe, entre otros, a los servidores públicos celebrar contratos con entidades públicas. En este caso, esta ley, expresa: *Artículo 9.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución (...).*

Participación en política de los contratistas

El artículo 127 de la Constitución Política, consagra:

ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

1° del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

Conforme al mandato constitucional transcrito, los empleados no contemplados en esta prohibición solo pueden tomar parte en las actividades de los partidos, movimientos y en las controversias políticas bajo las condiciones previstas en la Ley Estatutaria; sin embargo, a la fecha aún no se ha expedido por el Congreso de la República. En todo caso, la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

El Consejo de Estado, respecto a la intervención en política de los servidores públicos según el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política, en sentencia Radicado número 25000-23-4100-000-2015-02491-01 del 26 de septiembre de 2017, establece:

En conclusión, los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución (artículos 127 y 110 de la C.P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (ley 734 de 2002 y la ley 996 de 2005). Ahora bien, aun cuando la Constitución deja a la ley estatutaria el definir las condiciones en que se pueda participar, no la autoriza para extender la prohibición más allá de la previsión constitucional (sentencia C-454 de 1993), por cuanto implicaría una limitante injustificada y desproporcionada del derecho fundamental de participación política. Lo que se restringe a los servidores exceptuados de la prohibición no es la participación en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos.

(...)

En consecuencia, tal como lo ha concluido esta Corporación en los pronunciamientos que se dejaron ampliamente expuestos, hasta que entre en vigencia tal normativa es imprescindible entender que los derechos políticos de los servidores públicos a los que hace alusión el inciso 3 del artículo 127 de la Constitución Política, únicamente podrán limitarse en los precisos parámetros que la propia Carta Política prevea y a los desarrollos normativos que existen en temas específicos como los de naturaleza disciplinaria consagrados en la Ley 734 de 2002.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución (artículos 127 y 110 de la C.P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (Ley 734 de 2002 y la Ley 996 de 2005); y siempre y cuando no se utilice el empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos. Por tal razón, es necesario analizar si los contratistas ostentan la calidad de servidores públicos con base en los siguientes argumentos:

El Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, radicado número 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, prevé:

La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos (Subrayado fuera de texto).

En otra oportunidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, dictada dentro del proceso número 31986, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos, establece:

(...) La Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Entonces, de acuerdo al precepto jurisprudencial, los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos. Son sujetos particulares que no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública. Si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. *¿Puede un contratista firmar cualquier tipo de modalidad de otrosí de un contrato suscrito antes de los doce (12) meses de la elección?*

R/ El otrosí es un documento anexo al contrato inicial que modifica, agrega o elimina las condiciones laborales pactadas por las partes, en todo caso, este no reemplaza el contrato principal en su totalidad, como por ejemplo la fecha en que se inicia la relación contractual. En consecuencia, si el contrato inicial fue suscrito antes de los 12 meses que preceden la elección, el contratista puede suscribir un otrosí sin incurrir en inhabilidad respecto a su candidatura como concejal.

2. *¿Podría el posible candidato firmar una cesión de contrato?*

R/ Como candidato al concejo municipal puede ceder el contrato, hasta antes de ser elegido y acreditado como tal, de lo contrario, estaría incurso en la incompatibilidad relacionada con la prohibición de celebrar contratos en interés particular dada su nueva calidad como servidor público.

3. *¿Cuál sería la fecha límite para que un posible candidato firme orden de prestación de servicios por fuera del municipio al que desea aspirar? ¿hasta cuándo puede tener el contrato?*

R/ Una persona puede suscribir contrato durante su candidatura siempre que este no se ejecute en el sitio de la elección, en tanto, los contratistas pueden participar en política sin restricción. Sin embargo, tenga en cuenta que de ser elegido concejal, y antes de ser acreditado como tal, debe ceder o renunciar el contrato, lo contrario configura una incompatibilidad dada su calidad como servidor público.

4. *¿Puede una persona aspirar a ser candidato en las elecciones 2023, si a la fecha tiene una resolución condenatoria del CNE que se encuentra en debate, mediante recurso de reposición?*

R/ Las inhabilidades son taxativas y de interpretación restrictiva; por tanto, la causal que se ajusta a su situación con el Consejo Nacional Electoral (CNE) es: *Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.* En este sentido, compete al interesado analizar su situación particular, en específico al contenido de la resolución condenatoria, a efectos de determinar si su postulación como concejal contraría la causal en cita.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:49:08