



Concepto 139471 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000139471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000139471

Fecha: 10/04/2023 02:26:03 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Radicado: 20239000158552 del 13 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Un contratista por orden de prestación de servicios con una sociedad de economía mixta de la cual hace parte como socio una entidad pública del orden municipal se encuentra inhabilitado para postularse como concejal?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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.

En este entendido, en primer lugar, conforme al artículo 38 de la Ley 489 de 1998³, respecto a la conformación de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios, y según el párrafo ibídem, las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Ahora bien, con el fin de determinar si quien ha suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad pública (en este caso sociedad de economía mixta) se encuentra inhabilitado para aspirar al cargo de concejal, se precisa el siguiente marco legal:

La vinculación mediante contrato de prestación de servicios (OPS) se rige por las disposiciones previstas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁴, así:

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

30. 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.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares desempeñan funciones públicas (Art. 123 CP). Su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. En todo caso, no se involucra el elemento de subordinación o el reconocimiento y pago de salarios o prestaciones sociales.

Así, respecto a las causales de inhabilidad para ser elegido como concejal en razón de la suscripción de contratos estatales, la Ley 617 de 2000, modificatoria de la Ley 136 de 1994, precisa:

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: (...)

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 Buritica, 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 celebración⁵ de contratos y no su ejecución⁵. 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 legal⁶.

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 1993⁷, 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 (...).

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la inhabilidad para ser concejal se constituye si el contrato por OPS se celebra dentro del año anterior a las elecciones locales y, además, se ejecuta o cumple en el respectivo municipio respecto del cual aspira a ser elegido, sin que tenga injerencia las renovaciones o el tiempo de ejecución. Por ende, corresponde al interesado determinar cuál de las dos situaciones es aplicable a su caso particular:

De ser contratista por OPS en el municipio de la elección, a fin de no inhabilitar su candidatura, la fecha de celebración del contrato debe ser como mínimo de 12 meses antes de las elecciones; de ser así, puede continuar con la ejecución del mismo hasta antes de tomar posesión como concejal, y ser acreditado como tal, momento en el que debe ceder o renunciar a él, a fin de evitar estar incurso en la incompatibilidad relacionada con la prohibición de celebrar contratos en interés particular dada su nueva calidad como servidor público. Por el contrario, si es contratista por OPS en un municipio distinto al de la elección puede continuar en el desarrollo del mismo, al ser considerado sujeto particular se le permite participar en cualquier tipo de actividad, campaña o controversia política sin ningún tipo de restricción hasta ser acreditado como concejal, caso en el cual, igual que en la conclusión del punto anterior, debe ceder o renunciar al mismo; en tanto, su ejercicio como contratista y como servidor en el cargo de elección popular es causal constitutiva de incompatibilidad.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

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

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3 «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

4 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

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

6 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.

7 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:37