



Concepto 198661 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000198661

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000198661

Fecha: 23/05/2023 09:48:17 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gobernador. Inhabilidad para acceder a este cargo por contrato con entidad pública. RAD. 20232060280642 del 11 de mayo de 2023.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-S-2023-002744-OJ del 11 de mayo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta si en un departamento X una persona tiene vigente (sin liquidar) contratos con la gobernación y con un municipio, puede inscribirse como candidato a la gobernación o si la expresión Celebración del Contrato, comprende sólo la firma del contrato o por el contrario o por el contrario es el lapso comprendido entre la firma y su liquidación.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Las inhabilidades para acceder al cargo de Gobernador, están contenidas en la Ley 2200 de 2022¹, que indica:

“ARTÍCULO 111. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:

(...)

Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. 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 salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

(...)

Quien haya celebrado en los 12 meses anteriores a la elección de la candidatura, en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo. Quien, en los 12 meses anteriores a la elección de la candidatura, haya intervenido de cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

(...)”

El artículo 111 de la citada Ley 2200, contempla 3 posibilidades de inhabilidad respecto a contratos con entidades públicas, contenidas en los numerales 5, 9 y 11.

Numeral 5: Para aspirar al cargo de Gobernador por ser contratista, conforme con el citado numeral, deberán concurrir las siguientes situaciones:

Que se haya suscrito un contrato con alguna entidad pública, de cualquier nivel.

Que el contrato se haya sido suscrito dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

Que el contrato se ejecute en la misma entidad territorial.

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 ejecución². 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 legal³." (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:

"Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución⁵, que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute⁶ 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).

Según lo expuesto, se concluye:

Si el empleado que pretende postularse a alguno de los cargos de elección popular enunciados, suscribe un contrato con cualquier entidad pública dentro del año anterior a la elección y este se ejecuta en la entidad territorial donde aspira a ser elegido, se configurará la inhabilidad por contratación. En este caso, la renuncia a la ejecución del contrato o su cesión no hace desaparecer la inhabilidad.

Si el contrato fue firmado o suscrito dentro del año anterior a la elección, pero no se ejecuta en la entidad donde pretende ser elegido, no estará inhabilitado para acceder al cargo de elección popular. No obstante, en caso de ser elegido y continúe desarrollando el contrato, deberá renunciar a su ejecución o cederlo antes de tomar posesión del cargo, por cuanto no es viable que un servidor público tenga simultáneamente la

calidad de contratista del estado.

Numeral 9: para que se configure la inhabilidad contenida en este numeral, se requiere igualmente que haya celebrado en los 12 meses anteriores a la elección de la candidatura, en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo. Sin embargo, en este numeral, no se requiere que el contrato se ejecute en el mismo departamento.

Numeral 10: Quien, en los 12 meses anteriores a la elección de la candidatura, haya intervenido de cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

El Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Mauricio Torres Cuervo, en sentencia emitida el 21 de marzo de 2013, dentro del expediente con Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00650-01, determinó que la intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, implica:

“1) La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero.

Así, es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas desde cuando la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado³ y hasta cuando se logra la suscripción del correspondiente acuerdo.

No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

(...)

3) Finalmente, que se dé dentro del término de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

La jurisprudencia de la Sección ha definido la intervención en la celebración de contratos, así⁴:

“

Así las cosas, y para efectos de la inhabilidad contenida en el numeral 10 del artículo 111 de la Ley 2200, se pueden extraer las siguientes premisas:

Está inhabilitado para aspirar al cargo de Gobernador, quien haya intervenido de cualquier forma en la celebración de contratos.

Se entiende como intervención en la celebración del contrato, las conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo.

Se deben considerar, para efectos de la inhabilidad, las actividades desarrolladas desde cuando la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración.

No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual, ni las que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

Estas actividades pre contractuales, se deben realizar dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Gobernador, para que se configure la inhabilidad.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la persona que aspira al cargo de Gobernador y se encuentra ejecutando contratos con la gobernación y con un municipio, estará inhabilitada si celebró o intervino en la celebración de esos contratos dentro de los 12 meses anteriores a la elección, de acuerdo con el análisis efectuado en el cuerpo del concepto.

Por celebración se entiende la suscripción o firma del contrato y no su ejecución o liquidación.

En caso 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”:

<https://www.funcionpublica.gov.co/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 y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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 13:46:09