



Concepto 242091 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000242091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000242091

Fecha: 16/06/2023 08:22:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para postularse a ser elegido en el cargo de concejal o edil. RAD. 20239000619942 del 14 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante el cual consulta si existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerce como presidente de una Junta de Acción Comunal se postule para ser elegido concejal o edil, le indico lo siguiente:

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para dictaminar si una persona en particular se encuentra inhabilitado para acceder a cargos de elección popular, dicha competencia es propia de los Jueces de la República; por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

Aclarado lo anterior, se considera pertinente tener en cuenta que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28- 000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez, determina que las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”. Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que 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 Estado³ 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 dico 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para

hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

1.- En relación con su primer interrogante, mediante el cual consulta si existe inhabilidad para que un presidente de una JAC se postule para ser elegido concejal, el numeral tercero del artículo 40 de la Ley 617 de 2000⁴ determina lo siguiente:

"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." Subraya fuera de texto

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, se encuentra inhabilitado para ser elegido concejal municipal, quien dentro del año anterior a las elecciones haya suscrito contrato con entidades públicas de cualquier nivel (nacional, departamental, municipal) en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

El Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo Radicación Interna No. 3867 del tres (3) de febrero de dos mil seis 2006, consejero ponente Dr. Reinaldo Chavarro Buritica, en cuanto a la gestión de negocios preceptuó:

"Las definiciones jurisprudenciales de intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos.

La jurisprudencia de la Sección ha definido y distinguido los conceptos de intervención en la gestión de negocios y de intervención en la celebración de contratos. En efecto, en la sentencia de 30 de septiembre de 2005, expediente 3656⁵, expresó:

"...La Sala considera pertinente distinguir lo que debe entenderse por intervención en la gestión de negocios y por intervención en la celebración de contratos, pues, a diferencia de lo planteado por los impugnantes, no se trata de hipótesis asimilables, siendo, por el contrario, excluyentes.

En relación con la primera hipótesis de inhabilidad, baste señalar que la intervención en la gestión de negocios ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sección como "la realización de diligencias para la consecución de algo de que pueda derivarse lucro⁶. En ese sentido, para la configuración de la inhabilidad que se analiza, basta demostrar que, '-ante entidades del nivel municipal o distrital y dentro del año anterior a su elección, el elegido intervino personal y activamente en diligencias o actuaciones tendientes a obtener un resultado lucrativo

De otra parte, 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 particular⁷. 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 directa⁸."

El Consejo Nacional Electoral mediante concepto emitido el 1 de noviembre de 2006, con radicado No. 3101 efectuó el análisis de las inhabilidades para ser alcalde municipal por ser presidente de junta de acción comunal, señalando lo siguiente:

"Sobre este punto, la Corporación en concepto 2844 de 2006, precisó:

"...Corresponde determinar, en consecuencia, la naturaleza jurídica de las Juntas de Acción Comunal, así como sus relaciones con las entidades públicas, a la luz del régimen de inhabilidades, con el objeto de determinar la existencia de inhabilidades.

En cuanto al primer aspecto, la Ley 743 de 2002, en el artículo 8, señala:

"...La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa..."

En consecuencia, las causales de inhabilidad en la que pueden enmarcar los miembros de las JAC guardan relación con la posibilidad de intervenir en la gestión de negocios o en la celebración de contratos, ante las entidades públicas, dentro del año anterior a la fecha de la

elección.

De acuerdo con el artículo 6 de la misma ley, la Acción Comunal es “una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.”

Dentro de los objetivos propuestos por las Juntas de Acción Comunal, establecidos en el artículo 19 de la Ley 743 de 2002, se encuentra en el literal f) “Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo”.

Con base en esta norma, es clara la facultad que tienen la JAC para celebrar contratos con entidades públicas; luego, para establecer la existencia de la causal de inhabilidad se requerirá, de una parte que de acuerdo con los estatutos el interesado tenga capacidad jurídica para celebrar los contratos y de la otra, la época de su celebración, en cuanto como se vio, la norma indica que es inhabilitante celebrarlos dentro de (12) los meses antes de la elección y que se ejecuten o desarrollen en la circunscripción en la que desean postularse como candidatos a cargos de elección popular.

En conclusión, los miembros de las JAC que dentro de los doce meses anteriores a la elección hayan intervenido ante las entidades públicas, en la celebración de contratos que deban ejecutarse o desarrollarse en la misma circunscripción a la que aspira, o en la gestión de negocios, se encuentran inhabilitados para acceder a cargos de elección popular en la misma circunscripción.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, sociales y comunitarias de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa; es decir, son de naturaleza privada, por tanto sus integrantes no son considerados servidores públicos.

Por lo anterior, y en atención puntual de su interrogante, por expresa disposición legal, si como presidente de una junta de acción comunal, dentro del año anterior a la elección intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o celebró contrato estatal con entidades públicas de cualquier nivel, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese el tiempo que se tarde en su ejecución, y el contrato se ejecutó en el respectivo municipio, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que se encuentra inhabilitado para ser elegido concejal en el mismo municipio.

2.- Ahora bien, con el fin de atender el segundo interrogante de su escrito, en relación con la eventual inhabilidad para que el presidente de una JAC se postule para ser elegido edil, conforme al artículo 124 de la Ley 136 de 1994⁹ que establece:

«Artículo 124. Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas».

De acuerdo con la norma anteriormente transcrita, no podrá ser elegido miembro de una Junta Administradora Local, entre otros, quien sea miembro de una corporación pública de elección popular, los servidores públicos o miembros de las juntas y consejos directivos de las entidades públicas.

Así las cosas, y como quiera que las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, sociales y comunitarias de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa; es decir, son de naturaleza privada, por tanto sus integrantes no son considerados servidores públicos, no se evidencia inhabilidad alguna para que el presidente de una JAC se postule para ser elegido edil en la respectiva localidad u otra, pues no existe norma que lo prohíba.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

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

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

4"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".

5 Aunque la sentencia anterior se refiere al numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 los criterios que expone resultan aplicables a la intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos a que se refiere el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que son objeto de estudio en este proceso.

6 Sentencia de 6 de marzo de 2003, expediente número 3064.

7 Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

8 Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654

9«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:29