



Función Pública

Concepto 179741 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000179741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000179741

Fecha: 08/05/2023 04:18:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gobernador. Inhabilidad para que quien ha suscrito un contrato estatal, al que se han realizado prórrogas y modificaciones se postule para ser elegido gobernador. RAD. 20232060265122 del 5 de mayo de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual presenta un “recurso de insistencia” a un derecho de petición, manifestando que en la respuesta inicial es incompleta y que no se resuelven de fondo sus peticiones, le manifiesto que en el marco jurídico vigente no se evidencia una norma que determine un “recurso de insistencia” con ocasión a la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

No obstante, y ante su requerimiento, esta Dirección Jurídica procede a dar respuesta en los siguientes términos:

1.- Al escrito de consulta inicial; es decir, al de radicado número 20232060173652 del 21 de marzo de 2023 se dio respuesta en los siguientes términos:

Se indicó claramente 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 ¹ servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Que, por lo anterior, se tiene que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar la responsabilidad disciplinaria o penal de los servidores públicos, ni para calificar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, dicha competencia ha sido atribuida a la Procuraduría General de la Nación PGN y la penal a los Jueces de la República, por lo que no es procedente efectuar un pronunciamiento en relación con los interrogantes 4, 5, 6 y 7 de su escrito.

Se manifestó igualmente que este Departamento Administrativo no cuenta con la facultad legal para determinar la vigencia de las leyes, ni de la jurisprudencia emitida por las altas cortes; la competencia para determinar la vigencia de las normas ha sido atribuida a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, por tanto, sus interrogantes frente al tema los podrá dirigir directamente a esa entidad.

De otra parte, y en atención a los interrogantes 1, 2 y 3 mediante los cuales consultó:

1.- ¿Puede una persona que hubiere celebrado OTRO SI DE ADICION Y PRORROGA Y/O MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE OBRA en interés propio que según su texto debe ejecutarse y cumplirse en el respectivo departamento DENTRO DEL AÑO ANTERIOR, el día 02/02/2023, es decir dentro del año anterior a la fecha de la elección; puede ser inscrito como candidato a Gobernador para las próximas elecciones territoriales que se realizarán este 29 de octubre de 2023?

2.- ¿Esta persona puede ser elegido para las próximas elecciones territoriales que se realizarán este 29 de octubre de 2023?

3.- ¿Esa persona está inhabilitada para posesionarse y para ocupar el cargo de Gobernador al cual aspira?, se manifestó lo siguiente:

“En relación con las inhabilidades para que un contratista sea elegido gobernador, la Ley 2200 de 2022², determina lo siguiente:

“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.²

(...)

PARÁGRAFO. Interprétese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el presente Artículo, se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funciona en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial...

De acuerdo con lo previsto en la normativa transcrita, no podrá ser elegido gobernador, entre otros, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya suscrito un contrato estatal con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento para el caso de la aspiración al cargo de gobernador, entendiendo departamento para estos precisos efectos como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funcionan en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial.

En relación con la diferencia entre la celebración y suscripción 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^[1]. 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

^[1] Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras. *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.* ^[2]." (Subrayado fuera de texto)

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

Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel:

- 1.. Que se haya suscrito dentro del año anterior a la fecha de la elección.*
- 2. En interés propio o de terceros.*
- 3. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento para el cual pretende aspirar como candidato a la asamblea.*

Para los casos expuestos, debe verificar inicialmente si efectivamente existen contratos suscritos con alguna entidad pública, de cualquier nivel.

De acuerdo con el segundo presupuesto, para que se configure la inhabilidad debe haber sido suscrito dentro del año anterior a la fecha de elecciones, pues como lo indica la jurisprudencia citada, "Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución".

En cuanto a la tercera condición, es necesario establecer si el contrato se suscribe en interés propio o de terceros. Y finalmente, se debe verificar si los contratos suscritos se ejecutaron o cumplieron en el departamento en el cual se aspira a la asamblea.

Ahora bien, respecto de las prórrogas y modificaciones del contrato a que hace referencia en su escrito, me permito manifestarle que, en relación a las prórrogas de los contratos estatales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, del veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), dispuso:

“... con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de adición de los contratos, aunque sin especificar, de modo expreso, los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, señalando solamente un límite en el valor de esa figura, en cuanto el párrafo de su artículo 40 determinó que la misma no podía superar más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato. De otra parte, la Ley 80 de 1993 mantuvo el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios, para lo cual señaló trámites diferentes. Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente

^[2] 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.

celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato. Finalmente debe advertirse, en relación con la figura de la adición del contrato, que dicha reforma, en cuanto altera las condiciones originales del mismo, exige el acuerdo de las partes sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados por dicha modificación. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato, es decir, cuando se modifica el plazo o la cuantía, se está ante una prórroga de un contrato estatal.

En este mismo sentido, la misma corporación en Sentencia con Expediente No. 73001233100020070071401 del 26 de febrero 2009, señaló lo siguiente:

“Se ha establecido que este evento de inhabilidad se circunscribe únicamente a la participación directa del demandado en la celebración del contrato estatal, de manera que las actuaciones posteriores a la celebración como la ejecución, liquidación o incluso prórroga no constituyen inhabilidad”. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la inhabilidad se aplica a la celebración del contrato estatal, de manera que las actuaciones posteriores a la celebración como la ejecución, liquidación y la prórroga no constituyen inhabilidad.

No obstante, es importante precisar, que dichas prórrogas deben justificarse en una ampliación del plazo inicialmente pactado o en la modificación de los honorarios pactados, por cuanto si se modifica el objeto contractual inicialmente suscrito, corresponde, en realidad a un nuevo contrato, de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado.

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución, de igual forma, la norma determina que la inhabilidad se produce en el caso que el contrato deba cumplirse en el respectivo departamento.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el eventual impedimento en caso de realizarse “prórroga o modificación al contrato”, tenemos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se entiende que la adición únicamente tiene que ver con la modificación en cuanto al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado; en caso de que la modificación se relacione con el objeto del contrato, estaríamos en presencia de la celebración de un nuevo contrato.

De esta forma, la inhabilidad se aplica a la celebración del contrato estatal, de manera que las actuaciones posteriores a la celebración como la ejecución, liquidación y la prórroga no constituyen inhabilidad.

No obstante, es importante precisar, que dichas prórrogas deben justificarse en una ampliación del plazo inicialmente pactado o en la modificación de los honorarios pactados, por cuanto si se modifica el objeto contractual inicialmente suscrito, corresponde, en realidad a un nuevo contrato, de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado.

En este orden de ideas y dando respuesta a su interrogante, si la “prórroga o modificación” a la cual se refiere en su consulta tiene que ver con la modificación en cuanto al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado, no habría impedimento para su aspiración, si el mismo fue celebrado doce meses y un día antes de la elección.

En caso de que la “modificación” a que se refiere en su consulta se trate de un cambio en el objeto contractual estaríamos en presencia de la celebración de un nuevo contrato y por tanto habrá que revisar la fecha de celebración para efectos de establecer el impedimento, de acuerdo con los lineamientos que han quedado expuestos.

CONCLUSION

De acuerdo con lo expuesto, en concepto de esta Dirección Jurídica, estará inhabilitado para ser elegido gobernador quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento, entendiéndose por celebración, el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Es decir, que para que constituya causa de inhabilidad se requiere que el contrato se celebre dentro del año anterior a las elecciones locales y que se ejecute o cumpla en el respectivo territorio respecto del cual se aspira a ser elegido en el cargo de elección popular, sin que tenga injerencia las renovaciones o el tiempo de ejecución, ni la terminación anticipada del mismo.

En todo caso, en el caso que sea elegido gobernador, deberá ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en razón a que los servidores públicos no pueden ser contratistas del Estado.

En atención a la segunda parte de su escrito, le indico que las disposiciones que determinan las inhabilidades para acceder al cargo de gobernador son las contenidas en el artículo 111 de la Ley 2200 de 2022. No obstante, es preciso manifestar que este Departamento Administrativo no cuenta con la facultad legal para determinar la vigencia de las leyes, ni de la jurisprudencia emitida por las altas cortes; la competencia para determinar la vigencia de las normas ha sido atribuida a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, por tanto, sus interrogantes frente al tema los podrá dirigir directamente a esa entidad.”

De manera que, revisado el oficio de respuesta emitido, se dio respuesta de fondo a su solicitud, por lo que resulta oportuno precisar que los conceptos emitidos por este Departamento en desarrollo de sus competencias se surten en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, en ese sentido, no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la entidad, tienen un carácter meramente orientador, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, y tampoco resultan de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Frente al particular, la Corte Constitucional C-542 de 2.000 expresó:

“...Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insísimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente.

De acuerdo con lo anterior, cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas que los expiden, ni obliga a su cumplimiento o ejecución.

De igual manera, es importante tener presente que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a lo pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia, la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

En este orden de ideas, se reitera la conclusión a la respuesta dada en el oficio de radicado número 20232060173652 del 21 de marzo de 2023, en la que se manifestó que estará inhabilitado para ser elegido gobernador quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento, entendiendo por celebración, el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Es decir, que para que constituya causa de inhabilidad se requiere que el contrato se celebre dentro del año anterior a las elecciones locales y que se ejecute o cumpla en el respectivo territorio respecto del cual se aspira a ser elegido en el cargo de elección popular, sin que tenga injerencia las renovaciones o el tiempo de ejecución, ni la terminación anticipada del mismo, salvo los casos que el Consejo de Estado ha determinado y que se han indicado en el escrito de respuesta.

En el caso que sea elegido gobernador, deberá ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en razón a que los servidores públicos no pueden ser contratistas del Estado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestorNormativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html 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 Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

²“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:59:40