



Concepto 233841 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000233841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000233841

Fecha: 13/06/2023 11:45:00 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Para ser concejal de contratista de un municipio distinto. RAD.: 20232060280632 del 11 de mayo de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por el Consejo Nacional Electoral mediante oficio No. CNE-S-2023-002746-OJ, en la cual consulta si una persona que suscribió un contrato de prestación de servicios en enero de 2023 con los municipios de Paya y Pisba en el departamento de Boyacá, está inhabilitada para aspirar a ser elegida concejal en el municipio de Firavitoba, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Al respecto, se observa que la Ley 136 de 1994¹, dispone respecto de las inhabilidades para ser elegido concejal:

"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. (...)" (Subrayado nuestro)

De conformidad con las normas citadas, 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 en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, ¹siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

Al analizar los elementos que configuran la inhabilidad referida, se tiene 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, con ponencia del Magistrado Reinaldo Chavarro Buriticá, indicó:

"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 ejecución¹Igual 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 legal².”
(Subrayado nuestro)

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 Dentro del año anterior a la fecha de la elección. En interés propio o de terceros. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato al concejo.

De acuerdo con lo expuesto, se considera que estará inhabilitado para ser concejal, 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 municipio o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, independientemente del tiempo que se tarde en su ejecución.

Por tanto, se infiere que quien suscribió un contrato de prestación de servicios en enero de 2023 con un municipio distinto al que presentará su candidatura, no estará inhabilitado en su aspiración al concejo por cuanto éste debe ejecutarse o cumplirse en un municipio o distrito diferente, como ocurre en este caso.

En consecuencia, se considera que si el candidato no está inmerso en la inhabilidad analizada podrá continuar ejecutando los contratos mencionados hasta antes de tomar posesión del cargo de concejal. En caso de resultar electo, deberá cederlos o renunciar a su ejecución, con el fin de no vulnerar lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política y en el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993², normas que prohíben a los servidores públicos celebrar contratos con entidades públicas.

Sobre este particular, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política, los concejales son servidores públicos. Adicionalmente, el artículo 291 de la norma superior, preceptúa que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.

A su vez, la Ley 136 de 1994, dispone sobre las incompatibilidades de los concejales:

“ARTÍCULO 45. Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

(...)

Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

(...)

PARÁGRAFO 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO 2. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

(...)

ARTÍCULO 47. Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”
(Subrayado nuestro)

Por su parte, la Ley 80 de 1993³, establece respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

“ARTÍCULO 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...) (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo establecido en las normas que anteceden, esta Dirección Jurídica concluye que existe prohibición para que un concejal municipal en ejercicio pueda suscribir contratos de prestación de servicios con entidades públicas, prohibición que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo, considerando que los concejales municipales o distritales son servidores públicos. Así mismo, se precisa que en caso de renuncia al cargo, esta incompatibilidad se mantendrá durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Por lo tanto, quien ejerza como concejal municipal o distrital no podrá suscribir contratos de prestación de servicios con entidades públicas.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Melitza Donado

Revisó y aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

² Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

³ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.