

**Función Pública**

# Concepto 223621 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000223621\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000223621

Fecha: 06/06/2023 06:29:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal y Edil del Distrito Capital. Inhabilidad por ser contratista. Por ser representante legal de una Junta de Acción Comunal. RAD. 20232060292142 del 17 de mayo de 2023.

La Procuraduría General de la Nación, mediante su oficio No. UVE-CNCAE No. 238 del 15 de mayo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta lo siguiente:

Un representante legal de una Junta de Acción Comunal tiene suscrito un comodato con una entidad pública de la Nación, Distrito o Fondo de Desarrollo de alguna de las Localidades de la Ciudad de Bogotá. Si el representante legal de determinada JAC quiere ser candidato a edil o concejal ¿puede tener suscrito dicho comodato? ¿puede delegar la representación legal de la firma de ese comodato en otro dignatario? ¿con cuánto tiempo de anterioridad debió hacer el cambio de representante legal para firmar dicho comodato? ¿hasta qué fecha pudo haber ejercido la representación legal para tener suscrito dicho comodato? ¿en caso que al interior de la JAC hayan hecho el cambio del representante legal pero no hayan radicado el acta al órgano de inspección, vigilancia y control y tampoco hayan informado a la Entidad pública con la que se tiene suscrito el comodato, sería legal su candidatura y posible elección? En caso que el presidente de la JAC como representante legal tenga un comodato firmado con una Entidad Pública y sea candidato y/ o salga elegido, ¿podría ser sancionado o suspendido? ¿por cuánto tiempo podría ser sancionado, inhabilitado o suspendido?

Existe en la legislación algún tipo de restricción o inhabilidad para que un presidente de JAC como representante legal sea candidato a una Junta Administradora Local o Concejo. En caso de resultar electo podría ostentar ambas dignidades, es decir, representante legal de una JAC y edil o concejal. En caso que una entidad pública 6 meses antes al proceso electoral de octubre de 2023 haya hecho o realice una inversión en parques, vías, salones comunales, dotación, etc., que pertenezca a un barrio donde el representante legal de la JAC de dicho barrio sea candidato a edil o al Concejo, ¿se configura algún tipo de conflicto de intereses tanto para el candidato o posible persona electa como para el servidor o funcionario público encargado de autorizar dichos pagos? Si un presidente de una JAC como representante legal es candidato a una JAL de determinada Localidad a la cual se está postulando, y un familiar suyo esta vinculado mediante contrato de prestación de servicios o es funcionario o servidor público de la Entidad a la cual le hará control político y en la que deberá aprobar el presupuesto anual ¿existe algún tipo de conflicto de intereses? ¿en caso de resultar electo el representante legal de la JAC puede posesionarse como edil o concejal teniendo un familiar vinculado a la Entidad a la cual ejercerá control político? Puede una persona vinculada a una Entidad del Distrito de Bogotá mediante prestación de servicios hacer proselitismo político por alguna persona ¿existe alguna restricción? Puede un funcionario público como ordenador de gasto acompañar, visitar, participar en reuniones, recorridos o cualquier acto donde haya presente algún candidato a edil o al Concejo de la Ciudad. Puede una JAC en una asamblea general de afiliados permitir que un candidato intervenga en dicho espacio. ¿existe algún tipo de restricción legal?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la inhabilidad para ser Concejal o Edil en el Distrito Capital, por ser contratista del estado.

Para efectos de establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para inscribirse y ser elegido como Concejal en el Distrito Capital, debe atenderse lo señalado en el Decreto Ley 1421 de 1993, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", que sobre el particular, dispone:

"ARTICULO 28. Inhabilidades. No podrán ser elegidos concejales:

(...)

Quienes hayan sido secretarios, jefes de departamento administrativo o gerentes de entidades descentralizadas distritales, dentro del año anterior a la fecha de la elección; como empleados públicos hayan ejercido autoridad política, civil, militar o judicial en el Distrito dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección. Quienes hayan intervenido en la gestión de negocios ante entidades distritales o en la celebración de contratos con ellas o hayan sido representantes legales en el Distrito de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, todo dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)"

De acuerdo con la normativa anteriormente citada y para el caso materia de estudio en este concepto, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido Concejal del Distrito Capital, quien haya sido secretario, jefe de departamento administrativo o gerente de entidades descentralizadas distritales, dentro del año anterior a la fecha de la elección; como empleados públicos hayan ejercido autoridad política, civil, militar o judicial en el Distrito dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección.

Respecto a las Juntas de Acción Comunal, la Ley 2166 de 2021, "*Por la cual se deroga la ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la constitución política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, y se dictan otras disposiciones*", las define en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5. Definición de acción comunal. Para efectos de esta Ley se entenderá como acción comunal la expresión social organizada, autónoma, multiétnica, multicultural, solidaria, defensora de los Derechos Humanos, la comunidad, el medio ambiente y la sociedad civil, cuyo propósito es promover la convivencia pacífica, la reconciliación y la construcción de paz, así como el desarrollo integral, sostenible y sustentable de la comunidad, a partir del ejercicio de la democracia participativa." (Se subraya).

"ARTÍCULO 7. Organismos de la Acción Comunal.

a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunal. 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;

(...) (Se subraya).

Según la norma en cita, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, integradas voluntariamente por los residentes de un lugar. Al ser un ente de naturaleza privada, sus integrantes no gozan de la calidad de servidores públicos y, en tal virtud, no se configura el primer elemento de la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, por cuanto un miembro de una Junta de Acción Comunal no ejerció uno de los cargos enunciados, ni tiene la calidad de empleado público o trabajador oficial.

Los demás elementos no serán analizados por considerarlo innecesario.

En cuanto al numeral 3° del citado artículo 28, estará inhabilitado para aspirar al cargo de Concejal en el Distrito Capital si quien aspira al cargo celebró algún contrato con entidades distritales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección. La norma no condiciona la inhabilidad a la ejecución del contrato, sino a la celebración del mismo, vale decir, la fecha de su suscripción o firma.

Así las cosas, si el aspirante al cargo de Concejal en el Distrito Capital, suscribió un contrato con una entidad del Distrito, dentro de los 6 meses anteriores a la elección, estará inhabilitado para inscribirse y ser elegido concejal. Cabe aclarar que la inhabilidad se presenta por la suscripción o firma del contrato dentro de los 6 meses anteriores a la elección, no de la ejecución del mismo.

Esto significa que contratos suscritos con otras entidades públicas diferentes a las del Distrito Capital, no configuran la inhabilidad.

Ahora bien, en caso de ser representante legal de una entidad, para el caso, una Junta de Acción Comunal, la figura de la delegación de la suscripción del contrato no impide la configuración de la inhabilidad. Así lo ha indicado el Consejo de Estado, Sección Quinta, con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, en sentencia emitida el 11 de abril de 2019, en la que se analizó si existía inhabilidad por la suscripción de un contrato con una cooperativa. Señala el fallo:

"En consecuencia, atañe a la Sección determinar cuál de las citadas posiciones debe privilegiarse, y por consiguiente, establecer si pese a que el demandado no suscribió materialmente los aludidos convenios se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos.

(...)

En efecto, nadie pone en duda que el representante de una ESAL hace parte integral de la misma y que adquiere esa calidad porque así se lo reconocieron los miembros, y que por consiguiente, cuando aquel actúa representa la voluntad inequívoca de la corporación; no obstante, lo que en este caso se está examinado es si la "delegación" hecha por ese órgano -presidente- tiene la capacidad para trasmutar la facultad de

representación legal que la persona jurídica le asignó.

Para la Sala lo anterior no es posible debido a que fue la misma corporación la que determinó que la representación legal recayera solo en el presidente, que no se entiende como mandatario de la sociedad, sino como un órgano social que la representa. En tanto, el director ejecutivo, que si bien tiene asignadas unas funciones propias no puede entenderse como representante legal, al menos no por derecho propio, sino que necesitaba de la “delegación” del órgano al que sí se le concedió la representación, esto es, del presidente.

(...)

De hecho, lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que el acto de delegación antes referenciado no se suscribe a nombre de la corporación, sino que fue el presidente quien unilateralmente, tal y como dice el mismo texto de la resolución contentiva de la delegación, decidió delegar “funciones y facultades” al director ejecutivo más no la representación de la ESAL en sí misma.

Por lo anterior, para la Sala Electoral el director ejecutivo de CORPOVISIONARIOS sí puede entenderse como un mandate del presidente de aquella entidad, toda vez que aunque los estatutos le permitieron ser representante legal se lo consintieron si y solo si el presidente dentro de su autonomía decidía “delegarle esa facultad”; luego no puede asegurarse que se trate del órgano al que directamente se le facultó para exteriorizar la voluntad de la persona jurídica.

(...)

Dadas las condiciones propias del mandato no puede asegurarse, como sostiene la parte demandada, que con él se trasladó la representación legal de CORPOVISIONARIOS del presidente al director ejecutivo debido a que, se insiste, este se caracteriza porque el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandate, al punto que el “acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones y derecho emergentes derivados del acto del representante”<sup>68</sup>.

Ahora, no escapa a la Sala que la “delegación” hecha por el demandado al director tiene carácter general y no tiene límite temporal, aspectos de los que podría desprenderse que era la voluntad del presidente desligarse completamente de esta potestad. Sin embargo, estas características no pueden desvirtuar que por disposición estatutaria el presidente era el representante legal de CORPOVISIONARIOS, de forma que la única manera de dejar de ostentar jurídicamente dicha condición era con una reforma a los estatutos de la misma, comoquiera que la “delegación” solo transmitía materialmente la función al director, pero no despojaba al presidente de su condición.

Bajo este panorama, para la Sala es claro que la representación legal de CORPOVISIONARIOS siempre estuvo en cabeza del demandado en su calidad de presidente de la misma, solo que este, en virtud de la autorización dada por la ESAL, entregó esa potestad al director ejecutivo. Sin embargo, como esa “entrega” no implica el despojo total de la función asignada o que este haya dejado de ostentarla, debe entenderse que el señor Antanas Mockus seguía desempeñando, al menos jurídicamente, el cargo de representante legal.

En otras palabras, pese a la “delegación”, que en realidad es un mandato, el demandado seguía siendo el representante legal, porque esa figura no tenía la potestad para arrebatarle tal condición.

(...)

#### c) Implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio

Para la Sala no cabe duda que el demandado, pese a la “delegación”, ostentaba la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, habida cuenta que, conforme a lo explicado, tal figura no tenía la potestad de quitarle dicha condición ni muchos menos de convertir a otro, automáticamente, en el representante legal.

(...) Lo que sí corresponde a la Sala es determinar si el hecho de que el demandado hubiese sido representante legal COPORVISIONARIOS demuestra el elemento objetivo de la inhabilidad o pese a esa circunstancia, esto se descarta porque materialmente el convenio fue celebrado por una tercera persona distinta del demandado.

Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la “delegación” no trasmitió la representación sino, únicamente, permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus.

En efecto, como se explicó, el director ejecutivo actuó como “delegatario” del representante legal, más no como representante directo de CORPOVISIONARIOS ya que, se insiste, la representación legal de esa entidad estaba, exclusivamente, en cabeza del presidente, de forma que la actuación del primero dependía de la delegación que le “hiciera” el segundo.

Así pues, si los convenios se celebraron en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, es decir por el representante legal de CORPOVISIONARIOS, debe concluirse que quien verdaderamente suscribió los negocios fue el “delegante”.

Debe tenerse en cuenta que la autorización de “delegar” conferida por la asamblea general no tenía como efecto variar la titularidad de la representación de CORPOVISIONARIOS, sino, únicamente, permitir que un tercero actuara en nombre y representación de a quien se asignó esta

condición y, por consiguiente, consentir que los actos que el delegatario efectuara se entendieran a nombre de la corporación.

Así las cosas, y si se tiene en cuenta que el director ejecutivo no era más que un “delegatario” del presidente y como según el artículo 1505 del Código Civil “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.” debe concluirse que el demandado suscribió los convenios, solo que lo hizo a través de un tercero en virtud de la “delegación” que, autorizado por los estatutos, realizó.

En otras palabras, como el único representante legal de CORPOVISIONARIOS era el presidente, esto es, el señor Antanas Mockus y este, autorizado por los estatutos delegó esa función al director ejecutivo debe concluirse que el demandado ejerció la representación legal que ostenta a través de interpuesta persona.

Por ello, se colige que, desde el punto de vista jurídico aquel suscribió los convenios estatales a los que aluden las partes, comoquiera que hizo uso de la “delegación” para que el director ejecutivo actuará en su nombre y representación, lo que significa que el verbo rector de la inhabilidad objeto de estudio, esto es, celebrar se encuentra plenamente acreditado.

Para la Sala no es posible concluir que la inhabilidad no se configuró solo por el hecho de que el demandado no celebró materialmente los pluricitados convenios de asociación, debido a que jurídicamente aquel seguía siendo el representante legal de CORPOVISIONARIOS y, por ende, la firma del director, autorizada por los estatutos, se entiende en su nombre y representación; consentir lo contrario no solo iría en detrimento de la perspectiva objetiva con la que deben analizarse las inhabilidades, sino también de los derechos y principios que a través de estas se pretenden salvaguardar.

Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus.” (Se subraya).

De acuerdo con el citado fallo, la inhabilidad por haber celebrado un contrato con la administración pública, no se reduce a la suscripción física del mismo, sino que está directamente relacionada con el rol que ejerce en la entidad privada que contrata. Para el caso analizado en el fallo, la única persona que podía suscribir contratos en los estatutos de la entidad privada era el representante legal. Éste, al delegar su función de contratar, actuó a través del delegatario y por ello, el Consejo de Estado entendió que se trataba de un mandato. Por tanto, finalmente quien contrató fue el delegante, a través de su delegatario y, en tal virtud, la inhabilidad se configura a pesar de no obrar como suscriptor del contrato.

Ahora bien, respecto a la inhabilidad para ser Edil en el Distrito Capital, el ya citado Decreto Ley 1421 de 1993, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 66. Inhabilidades. No podrán ser elegidos ediles quienes:

(...)

Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito; hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo público de cualquier nivel, y (...).” (Se subraya).

El Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante sentencia con radicado número 5000-23- 24-000-2003-01068-02(3206-3211) del 30 de septiembre de 2005, con ponencia del Consejero Filemón Jiménez Ochoa, respecto a la inhabilidad referida, señaló:

“El motivo de inelegibilidad que se analiza en este caso, previsto en el artículo 66-4 del Decreto 1.421 de 1.993, se estructura siempre que concurren los siguientes presupuestos:

Que el elegido hubiera intervenido en la celebración de contratos con el Distrito Capital.

Y que la celebración del convenio se hubiere efectuado dentro de los tres (3) meses que antecedieron la inscripción del candidato a Edil.

Quiere ello decir que el lapso de inhabilidad parte de la fecha de celebración del contrato y se extiende hasta la de inscripción de la respectiva candidatura y que para efectos de la inhabilidad que se analiza, no tienen ninguna incidencia aspectos como la condición de contratista a que alude el accionante ni la vigencia del convenio y el lugar donde debía ejecutarse o cumplirse. (...)

De la prueba documental referida se desprende que en el sub-lite no se da uno de los elementos esenciales de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 66 numeral 4° del Decreto 1.421 de 1.993, porque si bien es cierto el Contrato de Interventoría 057 fue suscrito por el demandado y la entidad mencionada el 30 de diciembre de 2.002, su inscripción como candidato a Edil de la Localidad 16 de Puente Aranda se realizó el 5 de agosto de 2.003, es decir después de transcurridos algo más de siete (7) meses y la causal de inhabilidad se configura cuando entre las fechas de suscripción del convenio y de inscripción de candidatura transcurre un tiempo igual o menor a tres (3) meses. (...)

Debe aclararse que es equivocada la invocación de los artículos 30-4, 33-4 y 60 de la Ley 617 de 2000, como fundamento jurídico de la inhabilidad alegada en contra de los ediles (...), por razón de la celebración de contratos con Alcaldía Local de Puente Aranda, en su condición de representantes legales de Juntas de Acción Comunal, por cuanto, si bien el artículo 60 de la citada ley hizo extensivas para Bogotá D.C. las

disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la misma ley, en el aludido capítulo quinto nada se previó en relación con las inhabilidades de los ediles. De donde debe concluirse que para dichos servidores públicos continúa rigiendo, sin modificación, el artículo 66 del Decreto 1421 de 1993. Así lo ha venido sosteniendo esta Sala en providencias anteriores. (...)"

De conformidad con lo anterior, en criterio de esta Dirección, si el aspirante al cargo de Edil celebró un contrato de prestación de servicios con el Distrito Capital o haya suscrito un contrato con otra entidad pública, pero lo ejecuta en la localidad en la que aspira a ser elegido, dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción como candidato a edil,

estará inhabilitado para aspirar al cargo.

Si se configuran las condiciones descritas y se presenta la inhabilidad, la cesión del contrato o la renuncia a su ejecución no hace desaparecer la inhabilidad.

Sobre la posibilidad de que exista sanción disciplinaria

Es importante señalar que la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, determina como sancionable la siguiente conducta:

"Artículo 26. *La falta disciplinaria.* Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley." (Se subraya).

"Artículo 56. *Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.*

Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(...)" (Se subraya).

Conforme con lo señala la norma, actuar u omitir existiendo inhabilidad, puede generar investigaciones disciplinarias y sus consecuentes sanciones.

Sobre el conflicto de interés

La Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, sobre el conflicto de interés, indica:

"Artículo 44. *Conflicto de intereses.* Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido." (Se subraya).

Como se aprecia, el conflicto de interés está asociado a las actuaciones que el servidor público realiza, según las funciones que le han asignado.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", indica lo siguiente:

Artículo 11. *Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación.* Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad,

segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición". (Se subraya).

Las causales referidas, indican que el conflicto de interés puede tener ocurrencia cuando exista interés particular y directo respecto a la actuación administrativa en la cual esté involucrado un pariente, un apoderado, un amigo o enemigo entrañable, heredero, etc., situaciones que generan un conflicto entre lo que interesa de manera personal al servidor público y el interés de la entidad.

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No. 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, señaló:

"2. El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:

"El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley."

Así las cosas, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, entre otras, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último. Sin embargo, este interés debe ser directo, que produzca un beneficio especial. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, en la que señaló:

"Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de

fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquella."

En cuanto a las actuaciones que lleva a cabo una persona en calidad de servidor público, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia de la Consejera Miren de la Lombana de Magyaroff, en sentencia proferida el 3 de septiembre de 1998, señaló:

"Conforme a la interpretación jurisprudencial de la disposición, se ha llegado a entender que la inhabilidad solo puede predicarse cuando se obra en interés particular (propio o de un tercero). Tal interpretación excluye la celebración de contratos cuando se hace en razón de la representación, entre otras, de una entidad pública porque se entiende que el funcionario obra en interés general." (Se subraya).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad no puede predicarse en caso que la celebración del contrato se haga en razón a la representación de una entidad pública, por cuanto el servidor obra en interés general.

Sobre la prohibición de participar en política.

En relación con la participación en política de los servidores públicos, el artículo 127 de la Constitución política establece:

"ARTÍCULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004

(...)

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición sólo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria."

Conforme con lo anterior, los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. No obstante, debe precisarse que dicha ley aún no ha sido expedida por el Congreso de la República.

En este mismo sentido, la Ley 996 de 2005, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", dispone que:

"ARTÍCULO 39. SE PERMITE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS. Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:

(...)

Inscribirse como miembros de sus partidos".

La Corte Constitucional, al revisar la legalidad de la disposición antes transcrita en la sentencia C-1153 de 2005, estableció, lo siguiente:

"En primer lugar, la Corte no encuentra objeción alguna al hecho de que se permita la inscripción como miembro de partido al servidor público que participa en política, pues la inscripción a un partido es una de las formas mínimas o básicas del ejercicio de los derechos políticos de todo ciudadano y no implica, propiamente, una intervención en política de los funcionarios públicos. No obstante, no sucede igual con la expresión "o militantes" contenida en el numeral segundo del artículo 39, puesto que la posibilidad de participar activamente en una campaña electoral, implicada en la acción de militar, es demasiado amplia e indeterminada, más aún cuando no se prevé bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar puede darse tal militancia.

Padecen de la misma vaguedad los numerales primero, tercero y cuarto. En efecto, no se define de qué manera, durante cuánto tiempo y en qué espacios físicos el funcionario público que intervenga en política podrá participar en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por



el partido; tampoco se definen tales circunstancias para la participación como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudios o academias del partido.

Por su parte, en lo atinente a la contribución a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos la ley no regula siquiera de manera mínima el monto, el momento y la forma (en dinero, en especie o con el servicio mismo del funcionario público) en que tales contribuciones pueden darse.

La inexequibilidad de los apartes indicados se refuerza aún más teniendo en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 que preveía, en términos generales, la participación en política de los funcionarios públicos. (...) (Subrayado nuestro)

Frente al artículo 37 de la norma citada, la Corte Constitucional en esa oportunidad señaló:

“Si bien el artículo 127 constitucional prevé la participación en política de los funcionarios públicos, y el inciso 1 del artículo indica que existe una prohibición general para tal participación y que de permitirse la actuación de los funcionarios estará subordinada a la ley estatutaria, la Sala encuentra que el artículo 37 no es claro ni específico en la determinación de las condiciones de participación.

La falta de determinación hace insuficiente la regulación, puesto que no fija límites a una actuación que si bien permitida por la Carta lo es en forma excepcional y no como regla general. Tal apertura de la disposición deriva en la posibilidad de que la participación en política termine yendo en detrimento del desarrollo de la función pública en virtud del olvido de las tareas encomendadas en la ley a los funcionarios en razón de la dedicación a las actividades políticas”. (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, los empleados públicos solamente están autorizados para ser miembros de los partidos políticos, como una de las formas para el ejercicio de los derechos políticos de todo ciudadano, el cual no implica una intervención en política, y en consecuencia solo pueden participar activamente en las controversias políticas en los términos señalados por la Ley Estatutaria.

Posteriormente, la Sentencia de Unificación del 26 de septiembre de 2017 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Magistrada Ponente: Rocío Araujo Oñate, luego de hacer una revisión de precedentes jurisprudenciales, respecto a la participación en política de los empleados públicos, precisó:

“(…) la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al resolver una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, rindió concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), en el siguiente sentido:

“(…) los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas”.

(…)

5.3.5.3.6. La conclusión relativa al carácter indispensable de la ley estatutaria tiene dos efectos. En primer lugar (i) hasta tanto no se expida la ley que defina el contenido y alcance de la participación allí aludida, ningún empleado del Estado puede alegar un derecho subjetivo para participar en actividades de partidos y movimientos o en controversias políticas en los términos descritos en esta sentencia; y en segundo lugar, (ii) esa imposibilidad autoriza a las autoridades disciplinarias, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48.39 de Ley 734 de 2002, iniciar las investigaciones que correspondan e imponer las sanciones.

Si no fueran estos los efectos, el mandato constituyente que fija la exigencia de una ley estatutaria previa no tendría consecuencias y quedaría al arbitrio de los empleados del Estado participar o no en política. Esta consideración es, en términos generales, coincidente con el precedente fijado por la Corte en la sentencia C-454 de 1993 en la que, a pesar de considerar inexequibles las normas que prohibían absolutamente la participación en política de los empleados del Estado dispuso -en la parte resolutive- que el ejercicio efectivo de la autorización constitucional plasmada en el artículo 127, inciso 3, de la Constitución, por parte de los empleados del Estado (...) está supeditado a las condiciones que señale la ley”. (Se subraya).

Por consiguiente, los empleados públicos únicamente pueden participar en las actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la Ley Estatutaria, conforme lo establece inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria que define la participación política de los servidores públicos aún no ha sido presentada ni debatida por el Congreso de la República.

Es pertinente señalar que los contratistas del Estado, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(…)

3o. 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.”

Como se puede observar, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de servidores públicos.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Pregunta: Un representante legal de una Junta de Acción Comunal tiene suscrito un comodato con una entidad pública de la Nación, Distrito o Fondo de Desarrollo de alguna de las Localidades de la Ciudad de Bogotá. Si el representante legal de determinada JAC quiere ser candidato a edil o concejal ¿puede tener suscrito dicho comodato?

Respuesta: si quien aspira al cargo de Concejal en el Distrito Capital, celebró algún contrato con entidades distritales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección, estará. La norma no condiciona la inhabilidad a la ejecución del contrato, sino a la celebración del mismo, vale decir, la fecha de su suscripción o firma.

Los contratos con otras entidades públicas diferentes a las del Distrito Capital, no configuran la inhabilidad.

Pregunta: ¿puede delegar la representación legal de la firma de ese comodato en otro dignatario?

Respuesta: la delegación por parte del representante legal de la entidad privada no hace desaparecer la inhabilidad, pues, como lo indica el Consejo de Estado, al delegar su función de contratar, actuó a través del delegatario y por ello, el Consejo de Estado señala que se trataba de un mandato. Por tanto, finalmente quien contrató fue el delegante, a través de su delegatario y, en tal virtud, la inhabilidad se configura a pesar de no obrar como suscriptor del contrato.

Preguntas: ¿con cuánto tiempo de anterioridad debió hacer el cambio de representante legal para firmar dicho comodato? ¿hasta qué fecha pudo haber ejercido la representación legal para tener suscrito dicho comodato?

Respuesta: el cambio de representante legal no altera la inhabilidad por contratación. Aun cuando exista un cambio en el representante legal, si el contrato se suscribió con una entidad del Distrito, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de elección, se presentará la inhabilidad para aspirar al cargo de Concejal.

En cuanto al cargo de Edil, si el aspirante celebró un contrato de prestación de servicios con el Distrito Capital o suscribió un contrato con otra entidad pública, pero lo ejecuta en la localidad en la que aspira a ser elegido, dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción como candidato a edil, estará inhabilitado para aspirar al cargo.

Pregunta: ¿en caso que al interior de la JAC hayan hecho el cambio del representante legal pero no hayan radicado el acta al órgano de inspección, vigilancia y control y tampoco hayan informado a la Entidad pública con la que se tiene suscrito el comodato, sería legal su candidatura y posible elección?

En este caso, el acto inhabilitante es la suscripción del contrato, no su calidad de representante legal de una JAC.

Pregunta: En caso que el presidente de la JAC como representante legal tenga un comodato firmado con una Entidad Pública y sea candidato y/ o salga elegido, ¿podría ser sancionado o suspendido? ¿por cuánto tiempo podría ser sancionado, inhabilitado o suspendido?

Respuesta: si se configuran los elementos de la inhabilidad por suscripción de contrato, y el representante legal de la JAC, se inscribe como candidato y/o es elegido como Concejal o como Edil, podrá ser investigado disciplinariamente y ser sancionado, previo el agotamiento del procedimiento establecido en la ley. El tiempo de sanción depende de lo demostrado en el citado proceso disciplinario.

Pregunta: Existe en la legislación algún tipo de restricción o inhabilidad para que un presidente de JAC como representante legal sea candidato a una Junta Administradora Local o Concejo. En caso de resultar electo podría ostentar ambas dignidades, es decir, representante legal de una JAC y edil o Concejal.

Respuesta: revisada la legislación, no se evidenció alguna que impida a un Concejal o a un Edil del Distrito Capital ser parte de una Junta de Acción Comunal. Sin embargo, en calidad de representante legal, no podrá suscribir ningún contrato con alguna entidad pública, de ningún nivel, pues la Constitución prohíbe de manera explícita a los servidores públicos tener, simultáneamente, la calidad de contratistas.

Pregunta: en caso que una entidad pública 6 meses antes al proceso electoral de octubre de 2023 haya hecho o realice una inversión en parques, vías, salones comunales, dotación, etc., que pertenezca a un barrio donde el representante legal de la JAC de dicho barrio sea candidato a edil o al Concejo, ¿se configura algún tipo de conflicto de intereses tanto para el candidato o posible persona electa como para el servidor o funcionario público encargado de autorizar dichos pagos?

Respuesta: el conflicto de interés se predica de los servidores públicos y, como se indicó en el cuerpo del concepto, los miembros de la Juntas de Acción Comunal no tienen la calidad de servidores públicos. Así, en estricto sentido, no se presenta conflicto de interés. Sin embargo, en caso de ser elegido como Concejal o como Edil, deberá atender las causales que configuran el conflicto de interés y si en el ejercicio de sus funciones, estima que se presenta una de ellas, deberá declararse impedido y seguir el procedimiento contenido en la Ley 1437 de 2011.

Pregunta: Si un presidente de una JAC como representante legal es candidato a una JAL de determinada Localidad a la cual se está postulando, y un familiar suyo está vinculado mediante contrato de prestación de servicios o es funcionario o servidor público de la Entidad a la cual le hará control político y en la que deberá aprobar el presupuesto anual ¿existe algún tipo de conflicto de intereses? ¿en caso de resultar electo el representante legal de la JAC puede posesionarse como edil o concejal teniendo un familiar vinculado a la Entidad a la cual ejercerá control político?

Respuesta: el conflicto de interés supone, como lo indica el Consejo de Estado, tiene ocurrencia cuando existe interés particular y directo respecto a la actuación administrativa en la cual esté involucrado un pariente, un apoderado, un amigo o enemigo entrañable, heredero, etc., en una situación que genera un conflicto entre lo que interesa de manera personal al servidor público y el interés de la entidad. El servidor público debe efectuar la valoración de la situación y decidir si se declara o no impedido.

Pregunta: ¿Puede una persona vinculada a una Entidad del Distrito de Bogotá mediante prestación de servicios hacer proselitismo político por alguna persona? ¿existe alguna restricción?

Respuesta: la prohibición de participar en política aplica a los empleados públicos. Los contratistas no tienen esta calidad y, por ende, no les es aplicable la citada restricción.

Pregunta: ¿Puede un funcionario público como ordenador de gasto acompañar, visitar, participar en reuniones, recorridos o cualquier acto donde haya presente algún candidato a edil o al Concejo de la Ciudad?

Respuesta: los empleados públicos únicamente pueden participar en las actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la Ley Estatutaria, conforme lo establece inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria que define la participación política de los servidores públicos aún no ha sido presentada ni debatida por el Congreso de la República.

Pregunta: ¿Puede una JAC en una asamblea general de afiliados permitir que un candidato intervenga en dicho espacio? ¿existe algún tipo de restricción legal?

Respuesta: esta consulta puede ser dirigida al Ministerio del Interior, entidad competente para atender todo lo relacionado con Juntas de Acción Comunal.

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.

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:59:23*