



Función Pública

Concepto 211411 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000211411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000211411

Fecha: 31/05/2023 12:08:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Concejal. Personero Inhabilidad por ser contratista de entidad pública. RAD. 20232060286952 del 15 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que en la actualidad se desempeña como asesor jurídico externo del municipio de Sahagún, Córdoba, en defensa judicial, desde el mes de enero 18 de 2023 hasta septiembre en 2023. Ha estado vinculado como asesor externo desde el año 2020 enero hasta la fecha. Adicionalmente, es abogado litigante en diferentes asuntos, civiles, penales, familia y otros. Aspira a ser elegido Alcaldía, en su defecto al concejo y en último caso a personero municipal de su municipio en las próximas elecciones del 29 de octubre de 2023.

Con base en la información precedente, consulta:

- 1- Si estaría incurso en alguna inhabilidad para aspirar a la alcaldía de Sahagún, y en caso de estarlo cuando tendría que desvincularse del municipio.
- 2- Si estaría incurso en alguna inhabilidad para aspirar al concejo municipal, en caso de estarlo, cuando tendría que desvincularse del municipio.
- 3- Si estaría incurso en alguna inhabilidad para ocupar el cargo de Personero del año 2024 y en caso de estarlo cuando tendría que desvincularse del municipio.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente debe aclararse que cuando el consultante indica que actúa como asesor externo, lo hace mediante un contrato de prestación de

servicios con el municipio de Sahagún, misma entidad a la que pretende postularse para Alcalde, Concejal o Personero.

Con relación a las inhabilidades para ser elegido como Alcalde y Concejal por tener la calidad de contratista, la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, indica:

“ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Así mismo, quien, dentro del año anterior a la elección, 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

(...)” (Subraya y negrilla fuera de texto)

“ARTÍCULO 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. < Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(...)”

De acuerdo con los citados artículos, para que haya lugar a la inhabilidad relacionada con la celebración de contratos se requiere:

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

Que se suscriba 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.

Si tan solo alguno de los elementos no se presenta, la inhabilidad no se entiende configurada.

Con respecto a la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

"En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

< < ...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su 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 celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades¹ públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal [2]."
(Subrayado fuera de texto)

También debe tenerse en cuenta que su ejecución no tenga lugar ni incidencia en el municipio de la respectiva elección, según lo establece la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia con radicación número: 23001-23-33-000-2015-00461-02 y ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, oportunidad en la que señaló:

"Para resolver, en relación con el requisito que aquí se estudia, tal como lo dispone la norma, lo que se debe verificar es el lugar en donde debía

ejecutarse o cumplirse el contrato. Al respecto la Sala ha dicho³:

< < Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución, ⁴que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute ⁵y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos.>>

Entonces, para que se configure la inhabilidad no importa si el objeto contractual se cumplió o no, sino que debe estudiarse el lugar en el que debía ejecutarse o cumplirse.

Para poder establecer el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato en este caso, es necesario revisar tanto los estudios previos de conveniencia y oportunidad como el contrato en su integridad -puesto que no tiene alguna cláusula que se refiera de manera concreta al lugar de ejecución (...). (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, debe señalarse que, conforme a lo señalado por el consejo de Estado⁶, “ [s]on diferentes los conceptos de contrato adicional y adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar.”

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que quien suscribió el contrato con una entidad territorial, lo hizo dentro de los 12 meses anteriores a la elección, y lo ejecuta en la misma entidad territorial, estará inhabilitado para inscribirse y ser elegido Alcalde o Concejal. La fecha que debe considerarse es la de la suscripción o firma del contrato y no la de la adición del mismo ^{2 3 4 5 6}

No sobra señalar que, si se presentan las condiciones descritas, la renuncia a la ejecución del contrato o su cesión, no hacen desaparecer la inhabilidad.

En cuanto a la posible inhabilidad para ser elegido Personero, la ya citada Ley 136 de 1994, indica:

“ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;

(...)

De acuerdo con el citado texto legal, para que se configure la inhabilidad se requiere que se presenten los siguientes elementos:

Que se haya celebrado directa o indirectamente un contrato administrativo. Que se haya celebrado con una entidad u organismo del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo (nacional, departamental, municipal o distrital).

Que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Que se haya celebrado dentro del año inmediatamente anterior a su elección como Personero Municipal.

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, existe un contrato de prestación de servicios con una entidad pública, así que se configura el primer elemento. Debe analizarse ahora si las entidades con las que contrató, la alcaldía y el concejo municipal, hacen parte del sector central o descentralizado de la entidad territorial.

Con respecto a lo que debe entenderse por Administración Central o Descentralizada del Distrito o Municipio, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El sector central está conformado por la Alcaldía, las Secretarías y los Departamentos Administrativos.

Por su parte, el sector descentralizado está conformado por aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

Así las cosas, si la entidad con la que contrató el aspirante al cargo hace parte del sector central o del descentralizado del municipio, y si fue suscrito dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Personero, esta Dirección considera que estará inhabilitado para ser designado por el concejo municipal en este cargo.

No sobra aclarar que los Personeros no son elegidos popularmente, sino que son designados de acuerdo con el resultado del respectivo proceso de selección que desarrolle el Concejo Municipal.

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": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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.

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.

³ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación numero: 13001-23-31-000-2007-00700-00. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia.

⁴ Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

⁵ Sobre éste tópico ver, entre otras sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 27 de octubre de 2005, expediente 3850.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, concepto No. 1.121 del 26 de agosto de 1998.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:18:21