



Función Pública

Concepto 75501 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000075501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000075501

Fecha: 11-03-2019 05:01 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. - Inhabilidades para ser elegido en el cargo de alcalde. RAD. - 2019-206-003449-2 del 31 de enero de 2019.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual presenta interrogantes en torno a la suscripción de contratos estatales, así como inhabilidades para postularse a ser elegido en el cargo de alcalde, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

1.- En atención al primer interrogante de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un contratista se postule a ser elegido como alcalde, me permito indicar lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado 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.

De conformidad con la anterior disposición, se infiere que si la persona estuvo vinculada mediante contrato estatal (para el caso de su consulta contrato de concesión) con entidades públicas de cualquier nivel (nacional, departamental o municipal) en interés propio o de terceros, cuyo objeto debiera ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, éste debió ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en el año anterior a la elección.

No obstante lo anterior, se considera que quien suscribió un contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto no debía ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, deberá ceder el contrato o renunciar a su ejecución hasta antes de tomar posesión como alcalde y ser acreditado como tal.

Con respecto a 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:

"...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución¹. 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 entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.²." (Subrayado fuera de texto)

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.

Así las cosas, tenemos que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado 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.

Ahora bien, en el caso que no exista inhabilidad alguna, se indica que quien haya suscrito un contrato estatal y resulte elegido alcalde municipal, deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la cesión o renuncia del contrato en virtud de lo plasmado en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, en el entendido que el intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública, se considera una incompatibilidad para los alcaldes.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ha suscrito un contrato estatal (concesión), suscriba otro contrato estatal (prestación de servicios) con la misma u otra entidad pública, me permito indicar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos³, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado⁴ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En atención al tema propuesto, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la Carta Política, expresó:

“... los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6° constitucional, al particular contratista sólo le es exigible la responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos Por lo demás, el artículo 8° ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley 80 de 1993, no existe norma que limite la celebración de contratos estatales a una misma persona natural durante un mismo lapso o que las inhabilite para suscribir más de un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Así las cosas, y como quiera que no existe una norma que prohíba la suscripción de varios contratos con la misma entidad, se considera que no existe inhabilidad para que una persona natural pueda suscribir uno o más contratos estatales con una o varias entidades públicas o privadas, directa o indirectamente, siempre y cuando esté en capacidad de cumplir a cabalidad los objetos previstos en ellos.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ha suscrito un contrato estatal (concesión), se vincule como empleado público del nivel directivo (secretario de despacho) en una alcaldía municipal, me permito indicar lo siguiente:

Sea lo primero precisar que el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece:

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”

De acuerdo con la norma Constitucional, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagró:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

f) Los servidores públicos. (...)(Subrayado fuera de texto)

Sobre las inhabilidades sobrevinientes, la mencionada Ley 80 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 9. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, existe prohibición para que un empleado público suscriba contratos estatales, en consecuencia, en el caso que un contratista pretenda vincularse como empleado público, le sobreviene una inhabilidad, motivo por el cual deberá ceder el contrato o renunciar a su ejecución.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales han sido 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

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. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
4. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:24:25