



Función Pública

Concepto 128801 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000128801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000128801

Fecha: 25/04/2019 08:29:45 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad de quienes aspiran a la alcaldía por ser empleados públicos o contratistas. RAD. 20192060096572 del 14 de marzo de 2019.

En la comunicación de la referencia plantea 4 situaciones de aspirantes a ser alcaldes municipales y consulta si existe inhabilidad para aspirar a ese cargo:

1. Para quien fue alcalde municipal entre el 2008 y el 2001 y en la actualidad se desempeña como empleado o contratista (sin especificar) en una secretaría departamental y aspira nuevamente al cargo de alcalde por un partido diferente. Pregunta cuándo debió renunciar al partido y al cargo o contrato.
2. Para quien actualmente es concejal del municipio y aspira al cargo de alcalde. Consulta igualmente cuándo debió renunciar al cargo y al partido político.
3. Para quien es empleado o contratista de una secretaría departamental, y aspira al cargo de alcalde.
4. Para quien es contratista y desarrolla funciones de auditoría de salud en el municipio y aspira al cargo de alcalde.

Sobre sus inquietudes, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente debe señalarse que el Departamento Administrativo de la Función Pública no absuelve consultas relacionadas con las actividades propias de los partidos políticos y en tal virtud, las preguntas relacionadas con la fecha en que debió renunciar al partido en el cual militaban los aspirantes al cargo de alcalde deben ser dirigidas a la Comisión Nacional Electoral.

Con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000¹ expresa:

“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:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

3. 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)

De acuerdo con el texto legal citado, y para el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

1. Que haya laborado como empleado público.
2. Dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.
3. Que como empleado haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.
4. O que como empleado público (nacional, departamental o municipal), haya intervenido como ordenador del gasto en ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse en el municipio.

Para establecer si existe la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95, debe verificarse si el desempeño del cargo implica ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar y para ello debemos acudir a la Ley 136 de 1994² que define estos conceptos en sus artículos 188 a 190. Veamos:

“ARTÍCULO 188. Autoridad civil: Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

“ARTÍCULO 189. Autoridad Política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.”

Tal autoridad también se predica de quienes ejercen temporalmente los cargos señalados en este artículo”

“ARTÍCULO 190. Dirección administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

ARTÍCULO 191. Autoridad militar. A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.

Para efectos de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate.”

En la información suministrada en su consulta no se especifica qué empleos ejercen las personas aspirantes a ser elegidos alcaldes y, por tanto, el peticionario deberá analizar de acuerdo con los textos legales expuestos, si el desempeño del cargo implica ejercicio de autoridad civil, política o administrativa. De ser así, analizar los demás elementos que configuran la inhabilidad para establecer si esta se presenta o no.

Ahora bien, respecto al aspirante a la alcaldía que en la actualidad es Concejal, debe señalarse que de conformidad con la Carta Política (artículo 123), los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así, debe entenderse que los concejales, si bien son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados públicos y en tal virtud, la inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la ley 617 de 2000 no les aplica.

En cuanto a la inhabilidad contenida en el numeral 3° del citado artículo 95, 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.

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 ejecución³¹. 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 [4]." (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 dicho⁵:

"Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución, ⁶que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute ⁷ y 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).

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

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

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

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

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

En cuanto a la tercera condición, es necesario establecer si el contrato se suscribe en interés propio o de terceros. Y finalmente, se debe verificar si los contratos suscritos (que según la consulta, se efectuaron con una Secretaría Departamental), se ejecutaron o cumplieron en el municipio en el cual se aspira a la alcaldía.

De cumplirse todos los requisitos expuestos, se configurará la inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En conclusión, en criterio de esta Dirección Jurídica, y respecto a los 4 casos expuestos, se considera lo siguiente:

1. Para las situaciones expuestas en los numerales 1, 3 y 4 de su consulta, el peticionario deberá analizar las condiciones expuestas en los apartes anteriores (que haya laborado como empleado público, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección, haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o haya intervenido como ordenador del gasto), para verificar si se configura la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95.

Si no son empleados sino contratistas, deberá verificar entonces si se cumplen los presupuestos expuestos (intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, suscritos dentro del año anterior a la fecha de la elección, en interés propio o de terceros y que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato a la alcaldía) para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 3° ibídem.

2. En cuanto a la situación expuesta en el numeral 2° de su consulta, relacionada con el concejal que aspira al cargo de alcalde, debe señalarse que aquél, por no tener la calidad de empleado público, no se configura la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En caso de 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: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

121602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
2. "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"
3. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
4. 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.
5. 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.
6. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
7. 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.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:57:57