



Concepto 582741 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000582741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000582741

Fecha: 20/12/2023 08:00:23 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. DOBLE MILITANCIA. Aspiración de un ciudadano a un cargo de elección popular con aval de un partido político diferente al que milita. Contratista como concejal. RAD. 20232061040932 del 23 de noviembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitido a este Departamento Administrativo por parte del Ministerio del Interior, mediante el cual consulta por las causales de configuración de doble militancia, le manifiesto lo siguiente:

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar causales de doble militancia en las que puede incurrir un ciudadano en ejercicio de su derecho al acceso a cargos públicos.

Así las cosas, y en atención a las funciones de la Dirección para la Democracia, la participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior, previstas en el artículo 12 del Decreto 2893 de 2011, modificado por el artículo 7 del Decreto 1152 de 2022 que determina como funciones de esa dependencia, entre otras, las de coordinar la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en materia de participación ciudadana, el fortalecimiento de la democracia participativa, la organización y participación de la sociedad civil y la garantía de los derechos y deberes electorales; evaluar el comportamiento político y participativo de los ciudadanos en el marco de los procesos electorales, a nivel nacional y territorial; propugnar por la salvaguarda de los derechos y deberes de los partidos y el cumplimiento de las garantías para el normal desarrollo de los procesos electorales, y propender por la modernización de las instituciones y procedimientos electorales; y, atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia, este Departamento Administrativo ha dado traslado de este tipo de consultas a dicha entidad.

No obstante, el Dr. Marco Túlio Sanchez Gomez en su calidad de Director de la Dirección para la Democracia, la participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior manifiesta mediante escrito dirigido a este Departamento Administrativo que la dependencia bajo su dirección no cuenta con la facultad legal para pronunciarse en relación con los temas de doble militancia.

De otra parte, es importante tener en cuenta que el Consejo Nacional Electoral CNE remite en forma permanente las consultas relacionadas con doble militancia que se radican en dicha entidad, argumentando lo siguiente: *"las competencias que han sido otorgadas al Consejo Nacional Electoral en virtud del inciso quinto del artículo 108 y el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política, así como de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 107 superior y el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011; esta Corporación debe decidir sobre la revocatoria de la inscripción de candidatos presuntamente incurso en causal de inhabilidad y/o en doble militancia."*

En consecuencia, existe un procedimiento concreto en donde prevalecen las normas especiales mencionadas, que impiden resolver vía consulta temas propios de dicho trámite, en los que es necesario respetar el debido proceso."

Por lo anterior, se tiene que ni el Ministerio del Interior, ni el Consejo Nacional Electoral CNE dan respuesta a los derechos de petición en la modalidad de consulta relacionados con la doble militancia que presentan los ciudadanos, al considerar que no cuentan con la facultad legal para ello, sin que se evidencie, por parte de esta entidad otra entidad del Estado que deba pronunciarse frente al tema.

En este orden de ideas y en atención a lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política, que determina que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, esta entidad se abstiene de realizar un pronunciamiento frente al tema objeto de su consulta.

Ahora bien, con el fin de dilucidar la entidad facultada para pronunciarse en relación con la doble militancia, este Departamento Administrativo, mediante oficio de radicado 20236000248441 del 20 de junio de 2023 ha enviado solicitud a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, para que en el marco de sus funciones y competencias

contenidas en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011², y, particularmente lo previsto en el numeral 10° del artículo 112 de la citada norma, que determina como función de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la de resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada; se solicitó un pronunciamiento a dicho Organismo que permita determinar la entidad facultada para pronunciarse en materia de doble militancia, por lo que una vez se cuente con la respuesta del Consejo de Estado esta entidad publicará la respuesta en la página web y en los diferentes canales que permitan a la ciudadanía conocer la entidad competente para dar respuesta.

2.- De otra parte, y en atención al segundo interrogante de su escrito, mediante el cual consulta si existe inhabilidad para que quien haya suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad municipal se postule para ser elegido en el cargo de concejal en el respectivo municipio, le manifiesto lo siguiente:

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, considera 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."

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.

Respecto de las inhabilidades en materia de contratación estatal para postularse y ser elegido en el cargo de concejal, la Ley 617 de 2000⁵ modificatoria de la Ley 136 de 1994⁶, establece:

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

"ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

(...)"

De lo anterior puede inferirse que no puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado concejal municipal o distrital quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Así mismo, constituye incompatibilidad para los concejales (Ley 136 de 1994, art. 45, numeral 4) celebrar en su interés particular por sí o por interpuerta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Lo anterior se sustenta en la Ley 80 de 1993⁷, artículo 8°, literal f) al prohibir, entre otros, a los servidores públicos celebrar contratos con entidades públicas.

Frente a este punto, con respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos que se precisa en la inhabilidad, el Consejo de Estado, en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, afirma:

"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 ejecución⁸. 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 intervenientes, 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.⁹.

(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, 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. En otras palabras, la fecha a tener en cuenta para la inhabilidad es la celebración del contrato que actualmente se ejecuta, es decir, de haberse celebrado dentro de los 12 meses anteriores a la elección se configura la inhabilidad.

En adición de lo anterior, la Ley 80 de 1993, expresa: *Artículo 9º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevenientes. 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 (...).*

En este orden de ideas, la inhabilidad para ser concejal se constituye si el contrato por OPS se celebra dentro del año anterior a las elecciones locales y, además, se ejecuta o cumple en el respectivo municipio respecto del cual aspira a ser elegido, sin que tenga injerencia las renovaciones o el tiempo de ejecución.

No obstante, en el caso de ser elegido concejal, antes de tomar posesión del cargo deberá ceder el contrato o proceder a la renuncia de la ejecución del mismo, pues tal y como lo determina la Ley 80 de 1993 los servidores públicos no pueden ser contratistas del Estado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

2 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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.

5 «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».

6 «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»

7 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»

8 Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

9 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.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:16:06