



Función Pública

Concepto 112231 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000112231

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000112231

Fecha: 06/07/2015 11:37:31 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para ser elegido Concejal por haber suscrito un contrato con el mismo municipio.
RAD.: 20152060092042 de fecha 15 de mayo de 2015.

Por la presente comunicación, nos permitimos complementar el concepto expedido por esta Dirección Jurídica mediante Comunicado Externo No.20156000109781 de fecha 2 de julio de 2015, en los siguientes términos:

La vinculación mediante contrato de prestación de servicios, se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual señala:

“ARTÍCULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES

(...)

3°. 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.”
(subrayado fuera de texto)

Como puede observarse en la norma que regula los contratos celebrados con entidades públicas, las órdenes 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 y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. De otra parte, en los contratos de prestación de servicio no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el contrato de trabajo, y tampoco da lugar al reconocimiento y pago de salarios ni prestaciones sociales.

Ahora bien, con relación a su inquietud relacionada con la configuración de una causal de inhabilidad para ser Concejal municipal por haber suscrito contrato de prestación de servicios con el municipio de Chía - Cundinamarca, es necesario señalar las causales de inhabilidad para ser Concejal, previstas en la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, 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:

(...)

3. 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.(...)” (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede inferirse que 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.

Frente a esta inhabilidad, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, expediente 3522 de 2005, Radicación 150012331000200302969-01 del 17 de febrero de 2005, dispuso:

“ 3. 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 ...” (negritas fuera de texto).

De manera que, en términos de esa norma, para que se configure la causal de inhabilidad derivada de la celebración de contratos se requiere la demostración de cinco supuestos, así: i) La elección, esto es, que el demandado ha sido elegido concejal; ii) El objeto, es decir la existencia del contrato en cuya celebración el elegido hubiere intervenido bien en interés propio o en el de terceros; iii) La naturaleza del contrato, pues se debe probar que este se celebró con entidades públicas de cualquier nivel; i v) La fecha de su celebración a efectos de determinar si la misma tuvo ocurrencia dentro del año anterior a la elección; y v) El lugar, pues se exige que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

(...)

Ahora, respecto del cuarto de los supuestos antes mencionados, relativo a la fecha de celebración del contrato, igualmente son pertinentes algunas aclaraciones. Ocurre que la norma está referida a la fecha de la inscripción y de la celebración del contrato, toda vez que solamente se configura la inhabilidad cuando entre los dos momentos jurídicos no hubiera transcurrido un término igual o inferior a un año. Eso muestra, entonces, que si bien es cierto la nulidad del acto administrativo que declaró la elección de un concejal puede originarse por irregularidades en la elección o en la inscripción como candidato, no lo es menos que la inhabilidad objeto de estudio parte de la comparación de esas dos fechas claramente determinadas.

En efecto, aunque el encabezamiento de la norma dispone que “No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital” —aspecto general aplicable a las inhabilidades de concejales—, lo cierto es que la causal de inhabilidad objeto de estudio es clara en señalar el período inhabilitante a partir de la elección, pues dispone: “quien dentro del año anterior a la elección”. Dicho de otro modo, si un candidato se inscribe para aspirar al cargo de concejal y dentro del año anterior a la fecha en que se llevará a cabo la elección ha celebrado un contrato en

las condiciones señaladas en la norma, resulta claro que se encuentra inhabilitado para ser elegido concejal.

De hecho, cuando una persona se inscribe para aspirar a un cargo de elección popular no solo tiene claridad de la fecha exacta en la que se efectuará la elección, sino también de si celebró contratos con entidades públicas de cualquier nivel que deban ejecutarse en la respectiva circunscripción electoral. Precisamente por ello, la norma objeto de estudio es diáfana en señalar que la inhabilidad debe contabilizarse dentro del año anterior a la elección. Entonces, si dentro del año anterior a la fecha de la elección una persona ha celebrado contrato en los términos señalados en el artículo 43, numeral 3°, de la Ley 136 de 1994, con la modificación que a esa norma introdujo el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no debe inscribirse como candidato a concejal, pues si lo hace y resulta elegido como tal incurre en inhabilidad. Pero no es la fecha de la inscripción la que resulta relevante para determinar el término inhabilitante, pues este, como ya se anotó, está dado por la fecha de la elección.

En síntesis, el período inhabilitante en la causal de celebración de contratos objeto de estudio está limitado al año anterior a la elección y no a la inscripción del candidato ni a la ejecución del contrato." (Subraya y negrilla fuera del texto)

Ahora bien, 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 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)

La misma corporación en Sentencia con Expediente No. 73001233100020070071401 del 26 de febrero 2009, señaló lo siguiente:

"Se ha establecido que este evento de inhabilidad se circunscribe únicamente a la participación directa del demandado en la celebración del contrato estatal, de manera que las actuaciones posteriores a la celebración como la ejecución, liquidación o incluso prórroga no constituyen inhabilidad". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente transcrita, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución, es decir, actuaciones posteriores a la celebración como la ejecución, liquidación y la prórroga no constituyen inhabilidad.

Así las cosas, una vez revisado el contrato celebrado entre la aspirante al Concejo y el municipio de Chía - Cundinamarca, se observa, que dicho acuerdo de voluntades se suscribió el 17 de septiembre de 2014, es decir, un (1) año antes de las respectivas elecciones a cargos de elección popular en el territorio las cuales se llevarán a cabo el próximo 25 de octubre del presente año, por tal razón esta Dirección Jurídica considera que la inhabilidad contemplada en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para ser Concejal Municipal no se configura.

Es importante precisar, que si bien el contrato se ejecutó en el municipio en donde se tienen las aspiraciones electorales, el Consejo de Estado es claro en señalar que la inhabilidad se perfecciona cuando todas las condiciones se cumplen así: I) La elección, esto es, que el demandado ha sido elegido concejal; II) El objeto, es decir la existencia del contrato en cuya celebración el elegido hubiere intervenido bien en interés propio o en el de terceros; III) La naturaleza del contrato, pues se debe probar que este se celebró con entidades públicas de cualquier nivel; IV) La fecha de su celebración a efectos de determinar si la misma tuvo ocurrencia dentro del año anterior a la elección; y V) El lugar, pues se exige que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

En consecuencia, en los términos anotados se complementa el concepto emitido por esta Dirección Jurídica mediante oficio con Radicado No.20156000109781 de fecha 2 de julio de 2015.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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.

Ernesto Fagua / MLH / GCJ

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:54:23