Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 218821

Fecha: 21/06/2021

Bogotá D.C.

REF. Oficio PPA-1581

EXPEDIENTE IUS E-2021-373344

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal ¿Existe inhabilidad para el presidente de una JAL se postule para ser elegido concejal, un concejal se encuentra en incompatibilidad para ser elegido presidente de una JAL? **RAD. 2021-206- 048112-2, 20212060481132 y 20212060481882** del 18 y 21 de junio de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual solicita pronunciamiento por parte de este Departamento Administrativo en el que se determine si existe inhabilidad para el presidente de una JAL se postule para ser elegido concejal, y si un concejal se encuentra inhabilitado para ser elegido presidente de una JAL, le indico lo siguiente:

1.- Sea lo primero precisar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos[1], 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 Estado[2] 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

2.- Ahora bien, a su primer interrogante, le indico que de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del Artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser inscrito como candidato ni ser elegido en el cargo de concejal *"… 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." Subraya fuera de texto

El Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo Radicación Interna No. 3867 del tres (3) de febrero de dos mil seis 2006, consejero ponente Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, en cuanto a la gestión de negocios preceptuó:

"Las definiciones jurisprudenciales de intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos.

La jurisprudencia de la Sección ha definido y distinguido los conceptos de intervención en la gestión de negocios y de intervención en la celebración de contratos. En efecto, en la sentencia de 30 de septiembre de 2005, expediente 3656[3], expresó:

"…La Sala considera pertinente distinguir lo que debe entenderse por intervención en la gestión de negocios y por intervención en la celebración de contratos, pues, a diferencia de lo planteado por los impugnantes, no se trata de hipótesis asimilables, siendo, por el contrario, excluyentes.

En relación con la primera hipótesis de inhabilidad, baste señalar que la intervención en la gestión de negocios ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sección como "la realización de diligencias para la consecución de algo de que pueda derivarse lucro[4]. En ese sentido, para la configuración de la inhabilidad que se analiza, basta demostrar que, '-ante entidades del nivel municipal o distrital y dentro del año anterior a su elección, el elegido intervino personal y activamente en diligencias o actuaciones tendientes a obtener un resultado lucrativo-

De otra parte, 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[5]. 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[6].”

El Consejo Nacional Electoral mediante concepto emitido el 1 de noviembre de 2006, con radicado No. 3101 efectuó el análisis de las inhabilidades para ser alcalde municipal por ser presidente de junta de acción comunal, señalando lo siguiente:

“Sobre este punto, la Corporación en concepto 2844 de 2006, precisó:

“…Corresponde determinar, en consecuencia, la naturaleza jurídica de las Juntas de Acción Comunal, así como sus relaciones con las entidades públicas, a la luz del régimen de inhabilidades, con el objeto de determinar la existencia de inhabilidades.

En cuanto al primer aspecto, la Ley 743 de 2002, en el Artículo 8º, señala:

“…La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa…”

En consecuencia, las causales de inhabilidad en la que pueden enmarcar los miembros de las JAC guardan relación con la posibilidad de intervenir en la gestión de negocios o en la celebración de contratos, ante las entidades públicas, dentro del año anterior a la fecha de la elección.

De acuerdo con el Artículo 6º de la misma ley, la Acción Comunal es “una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo

propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad."

Dentro de los objetivos propuestos por las Juntas de Acción Comunal, establecidos en el Artículo 19 de la Ley 743 de 2002, se encuentra en el literal f) "Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo".

Con base en esta norma, es clara la facultad que tienen la JAC para celebrar contratos con entidades públicas; luego, para establecer la existencia de la causal de inhabilidad se requerirá, de una parte que de acuerdo con los estatutos el interesado tenga capacidad jurídica para celebrar los contratos y de la otra, la época de su celebración, en cuanto como se vio, la norma indica que es inhabilitante celebrarlos dentro de (12) los meses antes de la elección y que se ejecuten o desarrollen en la circunscripción en la que desean postularse como candidatos a cargos de elección popular.

En conclusión, los miembros de las JAC que dentro de los doce meses anteriores a la elección hayan intervenido ante las entidades públicas, en la celebración de contratos que deban ejecutarse o desarrollarse en la misma circunscripción a la que aspira, o en la gestión de negocios, se encuentran inhabilitados para acceder a cargos de elección popular en la misma circunscripción." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, si como representante legal de una junta de acción comunal de un municipio, dentro del año anterior a la elección adelantó o promovió diligencias en orden a obtener un resultado en el propio interés o en interés de terceros ante entidades públicas del mismo municipio, o si dentro del año anterior a la elección celebró contrato con la administración municipal, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese el tiempo que se tarde en su ejecución, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que se encuentra inhabilitado para ser elegido concejal en el respectivo municipio.

3.- En atención a la segunda parte de su escrito, en relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994 determina lo siguiente:

"**ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades**. Los concejales no podrán:

1.- Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas.

2.- Ser apoderado antes las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3.- Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4.- Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5.- Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

PARÁGRAFO 1.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra.

PARÁGRAFO 2.- El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo, incurrirá en causal de mala conducta."

De acuerdo con lo anterior, se colige que por expresa disposición legal, los concejales no podrán celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de las Juntas de Acción Comunal, la Ley 743 de 2002, "*por la cual se desarrolla el Artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal*", consagra en el Artículo 6º, que *"para efectos de esta ley, acción comunal, es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad"*.

Así mismo, el Artículo 8° de la misma ley 743, indica que *"la Junta de Acción Comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa"*.

Igualmente, es importante resaltar que el numeral f) del Artículo 19 de la Ley 743 de 2002, consagra que las juntas de acción comunal podrán celebrar contratos con empresas públicas y privadas de orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las Juntas de Acción Comunal son organizaciones cívicas, sociales y comunitarias de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio,

integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa; es decir, no se trata de entidades públicas, que, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo, podrán celebrar contratos, entre otras, con las entidades públicas municipales.

Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, y con el fin de atender su segundo interrogante, se considera pertinente indicar que de conformidad con lo previsto en la Ley 136 de 1994, los concejales no podrán celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

De otra parte, es importante resaltar que el servidor público (concejal), a la luz de lo dispuesto en el Artículo 127 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, se encuentra inhabilitado para celebrar por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, ya sea directa o indirectamente, se deduce que el servidor público que ejerza como presidente de una junta de acción comunal o representante legal de una empresa del sector privado, se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con las entidades u organismos públicos.

Así las cosas, en el caso que un concejal ejerza como representante legal de la junta de acción comunal y ordenador del gasto, debe tenerse en cuenta que se encuentra inhabilitado para celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Por lo tanto, en virtud de los principios de moralidad, imparcialidad y transparencia que rigen la función pública no se considera procedente que funja como presidente de una junta de acción comunal y ordenador del gasto.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. Aunque la sentencia anterior se refiere al numeral 3º del articulo 40 de la Ley 617 de 2000 los criterios que expone resultan aplicables a la intervención en la

gestión de negocios y en la celebración de contratos a que se refiere el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que son objeto de estudio en este proceso.

4. Sentencia de 6 de marzo de 2003, expediente número 3064.

5. Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

6. Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.