



Concepto 220011 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000220011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000220011

Fecha: 08/06/2020 12:43:27 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Resulta viable que un Concejal de un municipio celebre un contrato de prestación de servicios como médico, para prestar asesoría en Seguridad Social con una empresa privada que presta servicios de salud en una E.S.E., en un municipio diferente a donde es concejal? Rad. 20209000214362 del 29 de mayo de 2020.

En atención a su interrogante contenido en su oficio de la referencia, relacionados con el eventual impedimento para que un concejal suscriba un contrato con una empresa privada que presta servicios de salud en una E.S.E. de otro municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Constitución Política de Colombia, establece:

"ARTICULO 312. (...)

La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales y la época de sesiones ordinarias de los Concejos. Los Concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

Su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta." (Subrayado fuera de texto)

Sobre la naturaleza jurídica del concejal municipal el H. Consejo de Estado en sentencia de 20 de mayo de 2001, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. AC12-157 señaló lo siguiente:

"...El artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el concejal, según el artículo 123 de la carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el artículo 312 ibidem, señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado que los empleados públicos son otra especie del género servidores públicos.

"...incluso, como se verá a continuación, un estudio sistemático de la constitución permite concluir que el constituyente utilizó los términos empleado y funcionario como formas de referirse a los servidores públicos destinatarios de los preceptos normativos superiores y no como un concepto que agota y define la naturaleza jurídica del cargo..."

En este orden de ideas, para la sala es claro que la voluntad constituyente no fue clara en señalar la existencia de dos categorías diferentes: la de empleado y la de funcionario público. Por consiguiente, la determinación superior de excluir de la calidad de empleado público al concejal, debe interpretarse en un sentido amplio y excluir también el carácter de funcionario.

"...en consecuencia, los concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados y, por consiguiente, tampoco de funcionarios".

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo, Radicación número 267 de fecha 17 de marzo de 1999:

"Como órgano superior dentro de la organización municipal, el Concejo, y el Alcalde, como jefe de la administración, ejecutor de los Acuerdos del Concejo, Jefe de Policía y representante legal, sólo pueden actuar válidamente mientras conservan su investidura y la jurisdicción que lleva anexa, es decir, la capacidad legal permanente para desempeñar el cargo. En general, Concejales y Alcaldes adquieren tal calidad desde el momento de su elección y la conservan hasta el vencimiento del período para el cual fueron elegidos o hasta cuando la pierdan." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, los concejales se constituyen como servidores públicos miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Ahora bien, en relación con los servidores públicos, la Constitución Política de Colombia, establece:

"ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán 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, salvo las excepciones legales. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 136 de 1994¹, señala:

"ARTICULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

"(...)"

2. Ser apoderado ante 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.

"(...)"

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. "(...)"

Con respecto a las inhabilidades para contratar, la Ley 80 de 1993² contempla:

"ARTICULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)”

El Consejo de Estado mediante Sentencia Radicación núm.: [44001 2331 000 2004 00056 01](#) de 10 de marzo de 2005, Consejero ponente Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, respecto a la celebración de contratos con entidades del Estado por parte de los Concejales, señaló:

“4. El artículo 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por regla general no pueden 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. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.

Quiere decir que quien pretenda encontrarse en una situación de excepción, no sólo debe alegarla, sino también demostrarla.

No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir que "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". (Resaltado nuestro)

Así las cosas, en principio, o por regla general, los concejales, en tanto servidores públicos se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla, respecto de lo cual la demandada se remite a la Ley 136 de 1994, y de ella invoca él artículo 45, del cual deduce que la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.

Para claridad del punto conviene traer la disposición pertinente de dicho artículo, así:

"ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

2. Ser apoderado ante 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.

(...)

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.

Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política. (Resaltado nuestro)

De conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, se infiere que la calidad de concejal y por tanto de servidor público se adquiere desde el momento de la elección; por lo tanto, el Concejal electo de un municipio, al tener la calidad de servidor público, está impedido para celebrar contratos con entidades del Estado, toda vez que infringiría lo establecido en el artículo 127 de la Constitución Política y en el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a la celebración de contrato con una entidad privada, tenemos que el impedimento se encontraría si la misma, maneja o administra recursos públicos, de conformidad con lo señalado en el artículo 127 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, y dado que según los datos de la consulta se entiende que el Concejal es médico, tenemos las siguientes consideraciones:

La Ley 1368 de 2009, por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 8º. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN U OFICIO. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

ARTÍCULO 9º. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.” (Subraya fuera del texto)

De la lectura del artículo anteriormente citado, se puede entender que el legislador estableció el ejercicio de una profesión u oficio a los Concejales, condicionándolo a dos circunstancias taxativas:

- a) *Cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales.*
- b) *Cuando se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, en sentencia con Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00468-01(PI) del 25 de julio de 2013, se pronunció en torno Régimen de incompatibilidades de los concejales como apoderados judiciales, en los siguientes términos:

“Atendiendo las razones de la alzada, le corresponde a la Sala dirimir si se dieron los presupuestos para que se configure la causal de incompatibilidad prevista en el literal d del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

3.1 La causal de incompatibilidad y el caso concreto.

La Sala deberá precisar el alcance y contenido de la causal de incompatibilidad que se predica en este asunto, máxime si se tiene en cuenta que el debate procesal se circunscribe a la interpretación de esta y la subsunción de los hechos en el contenido de la prohibición que se encuentra establecida en el literal d) del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

Así las cosas, la discusión no está sujeta a establecer si el demandado actuó o no como apoderado en procesos judiciales al mismo tiempo que se desempeñaba como concejal, ya que esa circunstancia se encuentra plenamente acreditada y ha sido aceptada por las partes, la problemática se encuentra dirigida a determinar si esas actuaciones constituyen causal de pérdida de investidura.

(...)

De las normas citadas se desprende que, en principio, a los concejales les está prohibido ejercer su profesión salvo en aquellos asuntos donde ese ejercicio riña con los intereses del ente territorial y en los cuales el concejal pueda, prevalido de su calidad y su posición, influir de alguna manera en su gestión o resultado. Se trata entonces de evitar que los intereses privados del concejal, derivados del ejercicio de su profesión, entren en conflicto con los del municipio.

En efecto, el prenotado artículo 45 advierte que los concejales no podrán desempeñar cargos en la administración pública, ni celebrar contratos, ni actuar como apoderados ante dependencias del mismo municipio o personas que administren tributos de este. Tampoco podrán pertenecer a juntas directivas de organismos o entidades del mismo municipio entre otros.

A la par de que el legislador fijó un catálogo de prohibiciones que conforman el denominado régimen de incompatibilidades, dispuso de eventos exceptivos que tienden por permitir el desarrollo de ciertas actividades relacionadas con el devenir propio de la vida en sociedad, es así como se permite que los concejales ejerzan la cátedra universitaria, actúen en las diligencias administrativas y judiciales en las que ellos mismos, su cónyuge o hijos tengan interés, eleven reclamos por el cobro de tributos de cualquier naturaleza y se desempeñen como apoderados o defensores en procesos que se diriman en la rama jurisdiccional.

(...)

De acuerdo con lo señalado, el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, no deroga el numeral (2) del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, toda vez que la norma posterior, permite el ejercicio de una profesión u oficio de manera general, cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como Concejal y cuando se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. A manera de ejemplo, un Concejal médico, podría en virtud del artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, ejercer su profesión siempre y cuando con ello, no se interfieran las funciones que ejercen como Concejal.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su pregunta, resulta viable que un concejal celebre un contrato de prestación de servicios como médico, para prestar asesoría en Seguridad Social con una empresa privada que presta servicios de salud en una E.S.E., en un municipio diferente a donde es concejal, siempre que dicha empresa no maneje o administre recursos públicos, de conformidad con lo señalado en el artículo 127 de la Constitución Política y no se interfieran las funciones que ejerce como Concejal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como 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 relacionados con el tema, que 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".
2. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 18:46:48