



Concepto 215131 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000215131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000215131

Fecha: 04/06/2020 04:00:03 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – concejal – Inhabilidad o Conflicto de intereses concejales que entregan ayudas en emergencia por Covid19. RAD. 20202060220582 del 1° de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual solicita se le *“informe si los señores concejales de los municipios pueden gestionar con personas naturales, jurídicas y recursos propios, víveres de primera necesidad para las personas en vulnerabilidad por causa del Covi-19 [sic] y entregarlos personalmente. pueden gestionar y entregar víveres los concejales sin recursos públicos”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales sobre el empleo público y administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, para abordar el tema objeto de consulta, se hace necesario traer a colación lo que se define como incompatibilidades. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de diciembre de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez², señaló:

“Por otra parte, la Sala ha definido la incompatibilidad como una limitación para desplegar una actividad por el hecho de ocupar un cargo, circunstancia que en criterio de la Sala, en principio, no genera la nulidad de un acto electoral³, pues a diferencia de las inhabilidades, que constituyen impedimentos para el ejercicio de un empleo, las incompatibilidades son circunstancias que ocurren con posterioridad a la elección, el nombramiento o la posesión”.

“(…) mientras que las incompatibilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo. Por razón de su naturaleza excepcional tanto las incompatibilidades como las inhabilidades son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía.”⁴ (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, las incompatibilidades son las circunstancias que le impide al elegido, ejercer simultáneamente otras actividades, que puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública.

En ese sentido, la Ley 136 de 1994⁵ sobre las incompatibilidades de los concejales, dispuso:

"ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. <Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>
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.
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. <Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> 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 1o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

(...)"

"ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos.

- a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;
- b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;
- c) <Literal subrogado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.
- d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital."

Por su parte, la Ley 734 de 2002⁶, sobre el mismo tema señala:

"ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

De acuerdo a los artículos anteriormente transcritos, dentro de las incompatibilidades de los concejales se encuentra entre otras, ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, 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, y ser empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Adicionalmente, existe incompatibilidad para que el concejal intervenga en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos.

Por otro lado, sobre pérdida de investidura de los concejales de la Ley 617 de 2000⁷, del siguiente tenor:

«ARTÍCULO 48. Pérdida de Investidura de Diputados, Concejales Municipales y Distritales y de Miembros de Juntas Administradoras Locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

[...]

-

4.- Por indebida destinación de dineros públicos.

-

[...]» (Destacado fuera del texto)

En cuanto a los deberes y prohibiciones de los servidores públicos, el ya mencionado código único disciplinario, señala:

ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

(...)

8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho.

10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

(...)

“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

(...)

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

(...)

25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo.”

Ahora bien, es importante manifestar que la Sala Plena del Consejo de Estado⁸ 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).

Teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado, las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación y permanencia al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En consecuencia, una vez revisadas las incompatibilidades y prohibiciones concernientes a los servidores públicos, en especial de los concejales, contenidas entre otros, en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; artículos 34, 35, 38 y 39 de la Ley 734 de 2002; la Ley 136 de 1994 y Ley 617 de 2000; no se evidencia ninguna incompatibilidad o prohibición para que, quien funge como concejal gestione con personas naturales, jurídicas y con sus recursos propios, víveres de primera necesidad para las personas en vulnerabilidad por causa del Covid-19 y los entregue personalmente.

No obstante, deberá tenerse en cuenta las funciones propias de cargo, así como también los deberes y prohibiciones que la ley ha dispuesto para los servidores públicos.

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 [/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Exp. 11001-03-28-000-2014-00006-00
3. Pero en algunos casos, tal como lo ha señalado esta Sección, cuando se trata de la incompatibilidad contenida en el artículo 38, numeral 7 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, ésta se torna en inhabilidad, por ende si es causal de nulidad electoral.
4. Sentencia Sección Quinta del 26 de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). C.P MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, Radicación número: 1513
5. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

6. "por la cual se expide el Código Disciplinario Único"

7. 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

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

Fecha y hora de creación: 2021-10-15 18:18:06