



Función Pública

Concepto 26531 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000026531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000026531

Fecha: 04-02-2019 02:00 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades de quien es llamado a ocupar la curul de concejal por vacancia de su titular. RAD. 20182060349772 del 19 de diciembre de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si la Secretaria actual del concejo municipal, se encuentra inhabilitada para ser llamada a ocupar la curul de concejal, por renuncia de su titular y al ser la siguiente en lista, me permito manifestarle lo siguiente:

Para proceder con su consulta es necesario en primer lugar analizar las inhabilidades para ser concejal:

1. Inhabilidades para ser concejal

La Ley 136 de 1994 *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* establece:

“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

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.”

De acuerdo con la anterior disposición, no podrá ser elegido concejal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección

haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad la mencionada Ley 136 de 1994, preceptuó lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*
- 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.*
- 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.*

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”.

Con relación al tema, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).

(...)

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que “es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia” (9).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)". (Subrayado fuera de texto).

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

"En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) *Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.*

b) *Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.*

(...)

d) *La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar".*

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) *Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes."* (Subrayado fuera de texto).

En este sentido, el Consejo de Estado mediante sentencia del 18 de julio de 2005 en el Proceso número 760012331000200304840 01 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronunció frente a la autoridad administrativa señalando lo siguiente:

“Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa.”

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene de revisar las facultades que tenga en el ejercicio de un cargo, es decir, que éstos impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Consonante con lo anunciado en precedencia, es importante señalar que al ciudadano que estando inscrito para el Concejo y no fuere elegido lo cobija el régimen de inhabilidades para ser inscrito candidato o elegido Concejal en caso de ser llamado posteriormente a cubrir la vacante. Al respecto, la Ley 136 de 1994, preceptuó:

“ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

-

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la anterior disposición, quien fuere llamado a ocupar el cargo de Concejal, quedará sometido al régimen de incompatibilidades señaladas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado 41 de la Ley 617 de 2000, a partir de su posesión.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 18001-23-31-000-2005-00566-02(4135) del 7 de diciembre de 2006, Consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buritica, afirmó:

“Es necesario precisar que en el evento de presentarse respecto de un llamado una causal de inhabilidad que le impida ser elegido o desempeñar el cargo o la ausencia de calidades legales para ser elegido, el examen correspondiente solo puede tener lugar en el momento del llamado o de la posesión, a través del ejercicio de la acción contencioso electoral a fin de determinar si al momento de la elección se encontraba incurso en una de dichas causales o carecía de las referidas calidades. Al respecto se pronunció la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de mayo 15 de 2001¹, en los siguientes términos:

“Cuando el artículo 181 en su inciso 2 señala que “quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”, está precisando que las personas no elegidas que sean llamadas a ocupar la vacante dejada por un Congresista, están igualmente sometidas a las inhabilidades consagradas en la Constitución. Y resulta palmario que la norma haga referencia a la posesión, pues si no existe ésta en el caso de los “llamados” no se adquiere la dignidad de Congresista, ya que la posesión es un requisito previo para el desempeño de funciones; por ello, si ésta no se da no es posible estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades prescritas constitucionalmente. Es entonces el momento en que se adquiere la dignidad de Congresista en el caso de los “llamados”, que tiene significación el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, pues sólo a partir de tal momento, podrá el juez pronunciarse sobre la existencia o no de las conductas enlistadas como no permitidas, no obstante que su ocurrencia tenga lugar en las elecciones que originaron, para el caso de los “llamados a cubrir la vacante”, su vocación de congresista.”

De la lectura de la jurisprudencia transcrita se colige que la verificación de la existencia de inhabilidades o ausencia de calidades legales que determinen la nulidad, en el caso de los llamados, debe hacerse al momento de la elección y no al momento del llamado o de la posesión en el

cargo, dado que sería ilógico que quien se encuentre incurso en una inhabilidad o no reúne las calidades legales para ser elegido participe en los comicios integrando las listas de candidatos, y en tal condición pueda generar una determinada dinámica en las votaciones que se refleje en el resultado declarado de la elección.

(...)

2.2 También da cuenta la jurisprudencia examinada que para calcular los términos de inhabilidad relacionados con los llamados debe tenerse en cuenta la fecha en que se celebra la respectiva elección y no la fecha en que se produce el llamado a reemplazar la vacante de quien fue elegido ni la fecha en que el candidato llamado se posesiona. Significa ello que el término de la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 617 de 2000 es, en el presente caso, el comprendido dentro del año anterior a la fecha de la elección de diputados a la Asamblea Departamental, ocurrida el 26 de octubre de 2003". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de Estado, la verificación de la existencia de inhabilidades o ausencia de calidades legales en el caso de los llamados, debe hacerse al momento de la elección y no al momento del llamado o de la posesión en el cargo, es decir los términos de inhabilidad relacionados con los llamados se tienen en cuenta con respecto a la fecha en que se celebra la respectiva elección y no frente a la fecha en que se produce el llamado a reemplazar la vacante de quien fue elegido ni la fecha en que el candidato llamado se posesiona.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que el actual Secretario del Concejo se encontraría inhabilitado para asumir la curul, si dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección inicial y no del llamado, ejerció como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito en los términos de los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, o como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, intervino como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que debían ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

1. Incompatibilidades de los concejales

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. "(...)" (Subrayado fuera de texto)

"ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni 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, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas." (Subrayado fuera de texto)

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

"DOBLE ASIGNACION. Prohibición"

"Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de

que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo." (Subrayado y negrilla nuestro)

Por su parte, la Ley 136 de 1994², 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.

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." (Subrayado fuera de texto).

La normativa Ibídem igualmente establece:

"ARTÍCULO 66. CAUSACIÓN DE HONORARIOS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1368 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Atendiendo la categorización establecida en la Ley 617 de 2000, el valor de los honorarios por cada sesión a que asistan los concejales será el señalado en la siguiente tabla:

(...)

PARÁGRAFO 1o. Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4ª de 1992."

Conforme a la normatividad y jurisprudencia anteriormente citadas, en criterio de esta Dirección Jurídica un concejal de un municipio al tener la calidad de servidor público, está impedido para desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

D Castellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 15 de 2.001. Expediente: AC-12300. Actor: Manuel Vicente López López.

2. “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:30:17