



Función Pública

Concepto 338791 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000338791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000338791

Fecha: 28/07/2020 10:40:52 a.m.

Bogotá D.C.

REF: CONCEJALES. Inhabilidades e incompatibilidades. RAD. 20209000317112 del 18 de julio de 2020.

En la comunicación de la referencia, solicita se absuelvan las siguientes inquietudes:

1. ¿Puede un concejal electo celebrar un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal fuera del municipio donde tiene la curul, antes de posesionarse?
2. ¿Existe alguna incompatibilidad o inhabilidad cuando un concejal electo celebra un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal?
3. ¿La incompatibilidad para contratar seis meses después de la renuncia de un concejal, se extiende para contratos que se ejecutan fuera del municipio donde fue eligieron?
4. ¿Puede un concejal contratar con el Estado mientras ejerce como tal?
5. ¿Un concejal electo antes de posesionarse puede contratar con un patrimonio autónomo que maneje fondos públicos y se rija por derecho privado?
6. ¿En el caso de un concejal que no se posesione, este puede ser sujeto de pérdida de investidura?
7. ¿Después haberse de posesionado como concejal, a los cuantos días este puede renunciar a su curul?

8. ¿Un concejal puede ejercer la catedra universitaria?
9. ¿Una persona electa como concejal puede ser nombrado en encargo?
10. ¿Los concejales son considerados servidores públicos o como particular con ejercicio de funciones?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

1. ¿Puede un concejal electo celebrar un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal fuera del municipio donde tiene la curul, antes de posesionarse?

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Consejero Guillermo Vargas Ayala, en sentencia emitida el 20 de junio de 2013, dentro del expediente con Rad. No: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), indicó:

“En efecto, si la incompatibilidad consiste en la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea (en este caso ocupar en dicha forma dos cargos públicos), y no existe posesión en el cargo de concejal municipal es claro que no habrá lugar a la incompatibilidad estudiada, porque no podrá darse, en ningún tiempo, la simultaneidad del cargo de concejal -que no se ejerce durante ningún momento del periodo respectivo ante la ausencia de la posesión- con otro empleo público que con posterioridad ejerza el elegido (y no posesionado) en dicho cargo durante ese mismo lapso.

Esta Sección³⁹ ha puesto de presente ciertamente que la posesión es el acto de prestar ante el funcionario competente el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política⁴⁰; que de este acto da fe un acta suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia; y que sin esta solemnidad no puede entrarse a ejercer ningún cargo.

Por ende, es evidente que la ausencia de la posesión en el cargo de concejal municipal impide que el mismo se ejerza y por ello no incurrirá en la incompatibilidad examinada el concejal municipal que sin posesionarse en dicho cargo acepte o desempeñe un cargo en la administración municipal, ya que no podrá existir en ese evento coetaneidad o simultaneidad en el ejercicio de tales cargos.”

Según el citado fallo, las incompatibilidades de los concejales inician una vez toman posesión del cargo, pues suponen una simultaneidad en acciones que según la ley, le son vedadas mientras ejerce el cargo.

-

2. ¿Existe alguna incompatibilidad o inhabilidad cuando un concejal electo celebra un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal?

Los concejales, como todos los servidores públicos, tienen la prohibición de contratar con cualquier entidad estatal, de cualquier nivel, en virtud del artículo 127 de la Constitución Nacional que indica que *“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”*

Aun cuando se trate de una entidad de derecho privado, que maneje o administre recursos públicos, la prohibición tiene aplicación.

Adicionalmente, respecto a las incompatibilidades para los concejales, la Ley 136 de 1994, indica:

“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.

PARÁGRAFO 2o. 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.” (Se subraya).

“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.”

3. ¿La incompatibilidad para contratar seis meses después de la renuncia de un concejal, se extiende para contratos que se ejecutan fuera del municipio donde fue eligieron?

El artículo 127 de la Constitución no contempla la extensión de la prohibición de contratar con entidades pública a quienes gozaron de la calidad de servidores públicos. No obstante, la incompatibilidad contenida en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 136 ya citado, contempla como incompatibilidad la suscripción de contratos con entidades públicas del respectivo municipio. El artículo 47 ibídem, contempla una duración de 6 meses siguientes a la aceptación de la renuncia de concejal si el lapso faltante para el vencimiento del período constitucional es superior. Si este es el caso, el ex concejal no podrá suscribir contratos con entidades del municipio. En otras palabras, podrá suscribir contratos con otras entidades públicas fuera del municipio donde fungió como concejal.

4. ¿Puede un concejal contratar con el Estado mientras ejerce como tal?

Como se indicó en el punto 2, el artículo 127 de la Constitución prohíbe a los servidores públicos celebrar, por si 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.

5. ¿Un concejal electo antes de posesionarse puede contratar con un patrimonio autónomo que maneje fondos públicos y se rija por derecho privado?

En este caso debe hacerse la siguiente precisión: si suscribió contrato con alguna entidad pública de cualquier nivel, dentro de los 12 meses anteriores a su elección, estará inhabilitado para acceder al cargo en virtud del numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que establece:

"ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. 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."

En cuanto al momento en que empiezan a operar las incompatibilidades para un concejal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Consejero Guillermo Vargas Ayala, en sentencia emitida el 20 de junio de 2013, dentro del expediente con Rad. No: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), indicó:

"En efecto, si la incompatibilidad consiste en la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea (en este caso ocupar en dicha forma dos cargos públicos), y no existe posesión en el cargo de concejal municipal es claro que no habrá lugar a la incompatibilidad estudiada, porque no podrá darse, en ningún tiempo, la simultaneidad del cargo de concejal -que no se ejerce durante ningún momento del periodo respectivo ante la ausencia de la posesión- con otro empleo público que con posterioridad ejerza el elegido (y no posesionado) en dicho cargo durante ese mismo lapso.

Esta Sección³⁹ ha puesto de presente ciertamente que la posesión es el acto de prestar ante el funcionario competente el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política⁴⁰; que de este acto da fe un acta suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia; y que sin esta solemnidad no puede entrarse a ejercer ningún cargo.

Por ende, es evidente que la ausencia de la posesión en el cargo de concejal municipal impide que el mismo se ejerza y por ello no incurrirá en la incompatibilidad examinada el concejal municipal que sin posesionarse en dicho cargo acepte o desempeñe un cargo en la administración municipal, ya que no podrá existir en ese evento coetaneidad o simultaneidad en el ejercicio de tales cargos."

Según el citado fallo, las incompatibilidades de los concejales inician una vez toman posesión del cargo, pues suponen una simultaneidad en acciones que según la ley, le son vedadas mientras ejerce el cargo, incluyendo el contrato con una entidad de derecho privado, que maneje o administre recursos públicos.

6. ¿En el caso de un concejal que no se posesione, este puede ser sujeto de pérdida de investidura?

Las causales de pérdida de la investidura de un concejal, entre otros, están contenidas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que indica:

“ARTICULO 48. PERDIDA 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:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.
2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.”

Entre las causales de pérdida de la investidura se encuentra “... no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.” Así las cosas, si el concejal no toma dentro del término señalado, posesión de su cargo, operará la pérdida de la investidura, salvo que se presente fuerza mayor que la impida.

7. ¿Después haberse de posesionado como concejal, a los cuantos días este puede renunciar a su curul?

-

Los concejales y diputados pueden renunciar a sus cargos en cualquier momento. La Ley no ha previsto un término mínimo para la presentación de su dimisión.

8. ¿Un concejal puede ejercer la cátedra universitaria?

-

El Parágrafo 1o. del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, exceptúa del régimen de incompatibilidades para los concejales el ejercicio de la cátedra, no sólo la universitaria, de conformidad con lo decidido en por la Corte Constitucional en su Sentencia C 231 de 1995.

9. ¿Una persona electa como concejal puede ser nombrado en encargo?

Sobre la figura del encargo, la Ley 909 de 2004, señala:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

(...).” (Subrayado fuera de texto)

Como se aprecia, el encargo está previsto para servidores que tienen la calidad de empleados públicos, calidad de la que no gozan los concejales, según se aclara en la respuesta del punto 10. En tal virtud, un concejal no puede ser encargado de otro empleo.

-

10. ¿Los concejales son considerados servidores públicos o como particular con ejercicio de funciones?

En virtud del artículo 123 de la Constitución, *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.”* Los concejales, como miembros de corporaciones públicas tienen la calidad de servidores públicos.

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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:24:17