



Concepto 304921 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000304921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000304921

Fecha: 19/08/2021 07:55:53 a.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. ¿El concejal a quien se anuló la elección puede vincularse como empleado público o suscribir contratos estatales con entidades del respectivo municipio, departamento o la nación? RAD. 20219000584172 del 18 de agosto de 2021.

En atención a su oficio de la referencia, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal a quien se anuló la elección se vincule como empleado público o suscriba contratos estatales con entidades del respectivo municipio, departamento o la nación, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

2.- Ahora bien, respecto de las incompatibilidades concernientes a los concejales municipales, 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."

"ARTICULO 291.- *Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.*

Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos." (Subraya fuera de texto)

3.- Por su parte, la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece:

"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.*

-
(...)."

4.- De otro lado, la Ley 617 de 2000, "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 1360 de 1994, el Decreto Extraordinario 12221 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 14212 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional", respecto de la duración de las incompatibilidades de los concejales señala:

ARTÍCULO 43. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES. El Artículo 47120 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 47. Duración de las incompatibilidades. 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."

En este orden de ideas, se tiene que el concejal municipal no podrá durante el ejercicio de su cargo aceptar cargo alguno en la administración pública ni suscribir contratos estatales, adicionalmente, contempla la ley que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales,

tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo y, 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.

5.- Ahora bien, como quiera que el tema objeto de su consulta trata de la nulidad de la elección y la eventual incompatibilidad para que se vincule como empleado público o suscriba contratos estatales con entidades públicas del nivel municipal, departamental o nacional, se considera procedente indicar que la Ley 1437 de 2011, en relación con la nulidad electoral determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 139. Nulidad electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998."

De acuerdo con lo anterior, la ley contempla la acción de nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden.

No obstante, como se puede advertir, el Legislador no determinó los efectos de la acción en el tiempo, por lo tanto, se considera procedente acudir a los pronunciamientos de las altas cortes frente al tema.

6.- Pronunciamientos del Consejo de Estado.

En relación con los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad electoral, el Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia 00025 de 2017, con ponencia de la Magistrada Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, efectuó un recuento histórico de las Sentencias emitidas en materia de nulidad electoral, concluyendo que, en su mayoría, los efectos de estas acciones fueron *ex tunc*; es decir, sus efectos se retrotraen en el tiempo, dicho en otros términos, la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto desde el mismo momento de su celebración, y; por consiguiente, es como si nunca hubiese sido elegido en el cargo.

No obstante, en algunas oportunidades, el mismo Consejo de Estado ha emitido sentencias con efectos contrarios; es decir, con efectos *ex nunc*, lo que deriva que la nulidad se predica hacia el futuro, una vez en firme la sentencia que declara la nulidad.

Concluye el Consejo de Estado, señalando que, el vacío legislativo en relación con los efectos de las declaraciones de nulidad de los actos administrativos, ha sido suplido por la Jurisprudencia en el entendido que estos son retroactivos, sin que por ello puedan obviarse ciertas menciones esporádicas a tesis contrarias.

En este orden de ideas, se considera que con el fin de determinar si la sentencia de nulidad del concejal objeto de consulta fue ordenada *ex tunc*, esto es, desde el momento de la elección o *ex nunc*, es decir, desde el momento del fallo que declara la nulidad, el interesado deberá verificar los alcances del fallo.

En ese sentido, en el caso que la sentencia de nulidad haya cobrado efectos desde el momento mismo de la elección como concejal, quiere decir que, jurídicamente ello nunca ocurrió y por ende no le serán aplicables las prohibiciones del Artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en relación con la

duración de las incompatibilidades de los concejales, pues se reitera, en el caso planteado, nunca ocurrió su elección.

De otra parte, en el caso que una vez revisada por parte del interesado la sentencia que declaró la nulidad del concejal municipal, se evidencie que surte efectos a partir de la sentencia (*ex nunc*), es decir hacia el futuro, deriva en que la incompatibilidad y la duración de la misma que han sido objeto de estudio en el presente escrito, cobran plena validez, entre ellas, la prohibición contenida en el Artículo 45 y 47 de la Ley 136 de 1994.

El anterior análisis es propio de quien se encuentre interesado en el caso.

7.- Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su escrito, se considera que el Artículo 139 de la Ley 1437 contempla la acción de nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden, sin embargo, el Legislador no determinó los efectos de la acción de nulidad electoral en el tiempo, por lo tanto, han sido las altas cortes las que han realizado pronunciamientos frente al particular.

En varias oportunidades el Consejo de Estado ha fallado considerando que los efectos en el tiempo de una nulidad electoral deben retrotraerse en el tiempo; es decir, afecta la validez del acto administrativo de elección, en consecuencia, es como si nunca hubiese sido elegido para el cargo.

En otras oportunidades el mismo Consejo de Estado ha determinado en sus sentencias que la nulidad electoral rige desde la promulgación del fallo de nulidad, es decir, sus efectos son hacia futuro, lo que deriva en que no se afecta la validez del acto de elección y nombramiento, sino que sus efectos son a futuro.

Por lo anterior, se considera pertinente que el interesado revise el alcance del fallo que determinó la nulidad electoral del concejal municipal objeto de consulta, de tal manera que, en el caso de ser declarada nula la elección de un concejal por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con efectos retroactivos; es decir, desde el momento de su elección (*ex tunc*) deriva en que se afecta la validez del acto de elección y, por consiguiente, se debe entender que jurídicamente ello nunca ocurrió y por ende no le serán aplicables las prohibiciones estudiadas en el presente escrito.

De otra parte, en el caso que una vez revisada por parte del interesado la sentencia que declaró la nulidad del concejal municipal, se evidencie que surte efectos a partir de la sentencia (*ex nunc*), deriva en que las inhabilidades que han sido objeto de estudio en el presente escrito, cobran plena validez, entre ellas, las prohibiciones contenidas en los Artículos 45 y 47 de la Ley 136 de 1994.

Dicho análisis es propio de quien se encuentre interesado en el caso.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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. Harold Herreño

Reviso: 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.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 23:58:30