



Concepto 054851 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000054851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000054851

Fecha: 01/02/2022 03:12:33 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que sea llamado a cubrir curul de concejal que presentó renuncia, el siguiente en votación, toda vez que este tiene un contrato de prestación de servicio con la gobernación? Radicado 20212060765432 del 28 de diciembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el posible impedimento para que sea llamado a cubrir curul de concejal que presentó renuncia, el siguiente en votación, toda vez que este tiene un contrato de prestación de servicio con la gobernación, me permito informarle lo siguiente:

Para efectos de establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para ser elegido como concejal por llamado a cubrir la curul, se debe atender en primer lugar lo señalado por la Ley 617 de 2000¹, que en su Artículo 40 dispone:

"ARTÍCULO 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

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:

(...)

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.

(...)." (Se subraya).

De acuerdo con la disposición contenida en el numeral 3, estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o departamento, entendiendo por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que ese contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, consejera ponente María Claudia Rojas Lasso, en Sentencia del 13 de agosto de 2009, expediente 2009-00010-01, señaló:

"La causal de inhabilidad de que trata el numeral 3º del Artículo 40 de la ley 617 de 2000."

En primer lugar, para que se configure la causal alegada, se requiere que se cumplan los siguientes presupuestos fácticos: i) ser concejal y ii) haber 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, o, haber fungido como representante legal de entidades administradoras de tributos, tasas o contribuciones, o que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito dentro del año anterior a la elección."

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en la consulta, quien se encuentra en la lista de votación es llamado a cubrir una vacante definitiva de concejal, como lo indica la norma. Sobre las inhabilidades que aplican a los concejales llamados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Mauricio Torres Cuervo, en fallo emitido el 21 de junio de 2012 dentro del expediente con Radicación número 05001-23-31-000-2011-00890-01, indicó lo siguiente:

"Debe precisarse que de forma coincidente, unánime y reiterada la jurisprudencia de la Sala Plena y de esta Sección realizando una interpretación teleológica y finalística concluyen que el régimen de inhabilidades se aplica por igual a los que son elegidos como tales durante la jornada electoral, como a quienes a pesar de no haber sido elegidos en dicho certamen quedaron con vocación para ocupar el cargo por hacer parte, en orden sucesivo y descendente, de la misma lista. En otras palabras, el régimen de inhabilidades opera en las mismas circunstancias de tiempo y modo tanto para los "elegidos" como para los "llamados". Lo expuesto se justifica porque el llamado tiene como fuente de derecho la votación en favor de la lista de la cual hizo parte el candidato no elegido, y no en el acto posterior para cubrir la vacante. En efecto, de conformidad con lo previsto por el Artículo 261 de la Constitución, son las elecciones y no el llamado lo que genera la vocación del no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo; por consiguiente no hay duda de que las causales de inhabilidad establecidas por el constituyente con el fin de evitar que cualquier candidato utilice los factores de poder del Estado para influir y romper el principio de igualdad de los candidatos frente al electorado, son prohibiciones que operan desde el momento de las elecciones cuya transparencia es su propósito." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

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 2.001², 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 inciso 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 inciso 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.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que una persona se encontraría inhabilitada para asumir la curul de concejal, si dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección inicial, y no del llamado, intervino 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; conforme a las consideraciones anunciadas en precedencia.

En este orden de ideas, y respondiendo puntualmente su interrogante, si el contrato con la entidad pública se suscribió después de la fecha en que se realizó la elección, la inhabilidad contenida en el numeral 3 del Artículo 40 de la Ley 136 de 1994 no se configura, pues el elemento temporal no se cumple (dentro del año anterior a la elección). No obstante, si se encuentra desarrollando un contrato administrativo, el llamado deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si esto no fuere posible, tendrá que renunciar a la ejecución del mismo, de conformidad con el Artículo 9 de la Ley 80 de 1993, antes de tomar posesión del cargo de concejal.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"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"*

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 23:59:05