



Concepto 077261 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000077261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000077261

Fecha: 22/02/2023 11:53:05 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Inhabilidades para postularse y ser elegido concejal municipal. Radicado: 20232060059052 del 30 de enero de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual presentan varios interrogantes relacionados con las eventuales inhabilidades para postularse y ser elegido en el cargo de concejal municipal, me permito dar respuesta en el mismo orden de su presentación, así:

1.- A su primer interrogante, en el que consulta: *¿Puedo postularme al concejo municipal, siendo miembro de una junta directiva de una Fundación sin ánimo de lucro?*, le manifiesto lo siguiente:

Es importante tener en cuenta que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, determina que las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en "hacer", "no hacer", "haber hecho" o "no haber hecho", así como en "ser", "no ser", "haber sido" o "no haber sido". Esta connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹ha sido consistente al manifestar que 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 Estado²en 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Ahora bien, con el fin de atender la solicitud de concepto, se considera pertinente referirnos a las inhabilidades para ser elegido en el cargo de concejal municipal contenidas en la Ley 617 de 2000³, que establece lo siguiente:

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

"ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...)

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.

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. (...)."

De conformidad con la norma citada, se considera que se configura inhabilidad para ser elegido concejal, entre otras, en el caso que la persona 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, también, quien dentro de los doce meses anteriores a la elección haya intervenido 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.

También estará inhabilitado para aspirar al cargo, según la norma, quien dentro del año anterior a las elecciones haya sido representante legal de entidades que presten servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio.

En este orden de ideas y con el fin de dar puntual respuesta a su interrogante se precisa que no se evidencia inhabilidad alguna para que el representante legal de una entidad del sector privado se postule para ser elegido concejal, no obstante, le corresponde al interesado verificar que no haya suscrito contratos con entidades públicas por intermedio de la empresa.

2.- Al segundo interrogante de su escrito, en el que consulta: "*¿Si soy elegida o elegido como concejal de un municipio, puedo seguir siendo miembro de una junta directiva de una Fundación sin ánimo de lucro y contratar en el municipio?*", le manifiesto lo siguiente:

Las incompatibilidades asociadas al cargo de concejal se encuentran contenidas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994⁴, que frente al particular determina:

"ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

(Derogado por el Art. 96 de la Ley 617 de 2000)

Ser apoderado antes 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.

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.

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.

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 1.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra."

De lo previsto en la norma, no se evidencia prohibición alguna para que un concejal ejerza como miembro de junta directiva de una empresa del sector privado, no obstante, deberá tenerse en cuenta que no se podrá administrar tributos procedentes del mismo, o reciban donaciones de éste, de conformidad con lo previsto en los numerales 3 y 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “*¿Si soy elegida o elegido como concejal de un municipio, puedo seguir siendo miembro de una junta directiva de una Fundación sin ánimo de lucro y contratar en el departamento?*”, le manifiesto lo siguiente:

El artículo 127 de la Constitución Política, establece 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...*” (Subraya fuera de texto)

Por su parte, el literal f) del numeral 1º) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993⁵, establece que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con las entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Frente al tema, el Consejo de Estado mediante Sentencia de radicación núm.: 44001 2331 000 2004 00056 01 de 10 de marzo de 2005, consejero ponente Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, respecto a la celebración de contratos con entidades del Estado por parte de los Concejales, señaló:

“4. El artículo 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.”

Quiere decir que quien pretenda encontrarse en una situación de excepción, no sólo debe alegarla, sino también demostrarla.

No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.
(Resaltado nuestro)

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, se deduce que los concejales municipales al considerarse como miembros de corporación pública tienen la calidad de servidores públicos.

En ese sentido, se colige que existe prohibición para que un concejal municipal suscriba directa o indirectamente un contrato estatal con los organismos y entidades públicas, dicha incompatibilidad se encuentra prevista hasta la terminación del período Constitucional respectivo.

Así las cosas, y atendiendo puntualmente su escrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, el concejal municipal, al ser un servidor público se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con entidades del Estado, por expresa disposición contenida en el artículo 127 Constitucional y el numeral 1, literal f) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad⁶. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.”

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada.

En este sentido, se considera que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para suscribir contratos estatales de manera directa

indirectamente por medio de empresas o establecimientos abiertos al público de carácter privado.

Así las cosas, si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público se encuentre vinculado con una empresa privada, se considera que el servidor público no podrá suscribir contratos estatales con entidades u organismos públicos, ya sea en forma directa, o indirectamente por medio de la empresa.

4.- A su cuarto interrogante: “*¿Si soy elegida o elegido como concejal, puedo postularme a algún cargo del departamento, o celebrar contrato alguno con este orden departamental y seguir siendo miembro de una junta directiva de una Fundación sin ánimo de lucro y contratar con esta?*”, le manifiesto lo siguiente:

Como se indicó en la anterior respuesta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución Política y el literal f) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no es procedente que un servidor público, como es el caso de los concejales suscriba directa o indirectamente contratos con entidades públicas.

De otra parte, y en atención a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política que determina: “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”, se deduce que no es procedente que en forma simultánea ejerza como concejal y empleado público.

De lo expuesto, y, en atención puntual de su interrogante, no es procedente que un concejal se posesione en un cargo público en forma simultánea, tampoco podrá suscribir contratos estatales por expresa prohibición Constitucional y legal.

5.- En atención al quinto interrogante de su escrito, en el que consulta: “*¿Puedo ser el o la representante legal de una Fundación o corporación sin ánimo de lucro de un municipio, trabajando actualmente en ese Municipio en el hospital departamental en provisionalidad al cargo como asistente administrativo con código, grado, del nivel asistencial y con carácter del empleo de carrera administrativa?*” le manifiesto lo siguiente:

En relación con el tema objeto de su consulta, se considera pertinente indicar que la Constitución Política, establece:

“ARTÍCULO 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

En igual sentido se expresa el artículo 19 de la Ley 4 de 1992⁷, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 19. 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. Exceptúanse las siguientes asignaciones...”

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado; así las cosas, si los servicios se prestan en el sector privado, esta Dirección Jurídica no encuentra impedimento legal, para que un servidor público perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado por fuera de la jornada de trabajo, tampoco existe inhabilidad para ejerza como representante legal de una entidad del sector privado.

Deberá tenerse en cuenta que el numeral 4 del artículo 56 de la Ley 1952 de 2019⁸, señala que al servidor público le está prohibido el “4. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de un (1) año después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual presta sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existen sujetos claramente determinados.”

De otra parte, el numeral 12) del artículo 38 de la mencionada Ley 1952 de 2019, señala como deber de todo servidor público el dedicar la

totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales, en consecuencia, es deber de los empleados públicos, el dedicar la totalidad del tiempo reglamentario establecido como jornada laboral al desempeño de las funciones propias del empleo.

Por otro lado, el Decreto Ley 2400 de 1968⁹, expresa:

"ARTÍCULO 8. A los empleados les está prohibido

"Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)"

Así las cosas, una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas entre otras en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; la Ley 1952 de 2019; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que un empleado público (distinto de los abogados¹⁰) pueda prestar sus servicios de manera particular o en entidades del sector privado, siempre que como ya se indicó, no se trate de asuntos relacionados con las funciones propias de su empleo y que en todo caso, los servicios los preste el empleado fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como empleado público.

Amén de lo anterior, es preciso indicar que, el artículo 127 de la Constitución Política determina que los servidores públicos, como es el caso de los empleados públicos¹¹, no podrán 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.

Por su parte, respecto de las inhabilidades para suscribir contratos estatales, la Ley 80 de 1993¹², establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

10. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...)

f) Los servidores públicos..."

De acuerdo con la anterior normativa, entre otros, los servidores públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos públicos con entidades u organismos estatales ya sea directa o indirectamente.

Ahora bien, respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad¹³. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada". (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo con entidades Estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada.

En este sentido, se considera que los servidores públicos se encuentran inhabilitados para suscribir contratos estatales de manera directa o indirectamente por medio de empresas, fundaciones o establecimientos abiertos al público de carácter privado.

Así las cosas, si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público ejerza como representante legal de una empresa del sector privado, se considera que el servidor público no podrá suscribir contratos estatales con entidades u organismos públicos, ya sea en forma directa, o indirectamente por medio de la empresa y adicionalmente, deberá tener en cuenta las restricciones en materia de cumplimiento de jornada laboral y del ejercicio de funciones públicas desarrolladas en el presente escrito.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> 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

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

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.

³"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".

⁴"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios."

⁵"por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

⁶ Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

⁷"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política."

⁸"Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario."

⁹"Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones."

10

Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007

¹¹ Artículo 123 de la Constitución Política

¹² "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública"

¹³ Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:34:34