



Concepto 066781 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000066781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000066781

Fecha: 05/02/2024 07:33:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Vinculación del concejal una vez termine su periodo constitucional. RAD.: 20249000011822 del 05 de enero de 2024.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"(...) Como alcaldesa Actual (2024-2027) de un Municipio , puedo nombrar en un cargo Directivo o Secretario de Despacho a un exconcejal del periodo (2020-2023) que no renunció a su curul , o debo esperar un tiempo determinado para poder hacerlo ? existe o no incompatibilidad para que este (ex concejal) sea nombrado ? si ya realice el nombramiento y es ilegal , que consecuencias legales y jurídicas me produce dicha actuación como alcaldesa ? en que falta incurro como Alcaldesa ?"

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, modificado por el Decreto 1603 de 2023², este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Ahora bien, una vez aclarado lo anterior, respecto a su consulta, es pertinente mencionar que, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Estado³ 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". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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 su aplicación analógica ni extensiva.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la Ley.

Ahora bien, la Constitución Política, establece:

ARTÍCULO 312. En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

(Inciso 1. modificado por el Artículo 4 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. Declarado EXEQUIBLE, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-757 de 2008)

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.

De otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005⁴, ha señalado:

“Para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Concejal no tiene la calidad de empleado público.

En efecto, el Artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el Artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el Artículo 312 ibidem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el Artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el numeral 2° del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.” (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, los concejales son servidores públicos de elección popular, que no tienen la calidad de empleados públicos y que pertenecen a una Corporación político administrativa como es el concejo municipal.

Respecto de las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones públicas, la Constitución Política señala:

“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.

(...)”

Por su parte, la Ley 136 de 1994⁵, sobre las incompatibilidades de los concejales, dispuso:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

ARTÍCULO 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el Artículo 96 de la Ley 617 de 2000> 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. 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 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.

(...)

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. (Destacado Nuestro)

De acuerdo con lo establecido en las normas transcritas, existe prohibición para que un concejal municipal en ejercicio se vincule como empleado público o suscriba un contrato estatal con una entidad pública, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo.

En el caso de renuncia, se mantendrá la incompatibilidad durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Por su parte, la Ley 1952 de 2019⁶, determina:

“ARTÍCULO 43. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. *Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:*

Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Cuando fue expedida la citada Ley 1952 de 2019, este Departamento elevó consulta al Consejo de Estado sobre el alcance de esta norma, Corporación que, con ponencia del Consejero Édgar González López, emitió el 23 de abril de 2019 el concepto No. 2414, en el que señaló lo siguiente:

“Inicialmente, la Sala considera necesario, en aras de la precisión y la claridad, hacer las siguientes observaciones:

1ª) La Sala encuentra que las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

En efecto, tales incompatibilidades no aluden al derecho a ser elegido, ni a la circunstancia de si determinados servidores públicos territoriales pueden inscribirse o no como candidatos para las elecciones territoriales.

Como se verá más adelante, las incompatibilidades citadas se relacionan con la intervención en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente a la de los servidores públicos mencionados en la norma, y con la actuación de estos como apoderados o gestores ante autoridades públicas.

2ª) La Sala observa que la norma que motiva la consulta no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

En otras palabras, el régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades específico en materia electoral.

La variación, en este caso en el régimen territorial, es de orden temporal, en la medida en que la norma de la consulta extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

(...)

El numeral 1 y sus literales son esencialmente iguales a los previstos en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, en la Ley 734 se extiende la incompatibilidad "desde el momento de su elección hasta cuando esté legalmente terminado el período", mientras que el artículo 43 de la Ley 1952 lo hace "desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio."

(...)

Como se aprecia, esta norma regula los siguientes aspectos:

Establece incompatibilidades para desempeñar cargos públicos. Señala a determinados servidores públicos del orden territorial a quienes se les aplican esas incompatibilidades, las cuales son los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales. Determina el ámbito espacial de las incompatibilidades, al disponer que estas tienen aplicación en el nivel territorial donde tales servidores públicos hayan ejercido jurisdicción. Sería más preciso aludir, por la naturaleza de los cargos mencionados, al ejercicio de autoridad y/o de funciones administrativas, según el cargo. Fija el ámbito temporal de las incompatibilidades, el cual es el comprendido

desde el momento de su elección y hasta doce (12) meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.

1 Establece las conductas constitutivas de las incompatibilidades, las cuales son dos: - Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos. - Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Ahora bien, la consulta indaga acerca de si en razón de las mencionadas incompatibilidades, los servidores públicos que desempeñan en la actualidad los citados cargos, se encuentran impedidos para inscribirse en las próximas elecciones territoriales a desarrollarse el 27 de octubre de 2019.

A este respecto, resulta pertinente hacer sobre la norma del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, las siguientes observaciones:

La norma no se está refiriendo al desempeño de otro cargo.

Conforme se indicó, estas incompatibilidades se refieren a dos conductas muy específicas: la de intervenir en asuntos o actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos, y la de actuar como apoderado o gestor ante entidades o autoridades públicas.

Tales incompatibilidades no se refieren a que el servidor público de uno de los cargos mencionados, desempeñe otro cargo público.

En consecuencia, se observa que por las incompatibilidades objeto de análisis, no hay impedimento de que el servidor público que actualmente esté desempeñando uno de tales cargos, se pueda inscribir como candidato en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, pues si sale elegido y se produce el vencimiento de su actual período o ya se encuentra retirado de su cargo, los doce (12) meses de extensión de las mencionadas incompatibilidades no se le aplican, porque estas se refieren específicamente a intervenir en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente o actuar como apoderado ante autoridades públicas, no a ejercer otro cargo público.

(...)

En la norma bajo examen, se advierte que las incompatibilidades del numeral 1 del citado artículo 43, son concretamente las siguientes:

"a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales".

Se observa al analizar la primera de las incompatibilidades, que si se hace una interpretación estrictamente literal se presentaría la incompatibilidad por parte de los servidores públicos mencionados por la norma, ya que es evidente que los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales, intervienen en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tiene interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

Tal interpretación no la comparte la Sala por cuanto estaría en contradicción con la noción de incompatibilidad, según la cual esta es una "no concurrencia que impide dos cosas a un mismo tiempo", lo cual no se presentaría en este caso, pues es claro que los mencionados servidores públicos para el ejercicio de sus funciones deben necesariamente intervenir en asuntos de interés de su respectiva entidad territorial.

En otras palabras, el ejercicio de sus funciones administrativas y la intervención en los asuntos de interés de su entidad territorial deben concurrir por lo general en su servicio público y, por tanto, no son excluyentes.

En consecuencia, dicha incompatibilidad debe ser interpretada con un sentido lógico, a fin de que constituya una incompatibilidad en el sentido jurídico del término.

Por tanto, la incompatibilidad mencionada en el literal a) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 debe interpretarse en el sentido de que consiste en que el servidor público mencionado por la norma, intervenga, no en ejercicio de sus funciones sino en beneficio propio o personal, en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés la entidad territorial correspondiente o sus organismos.

(...)

En conclusión, no se configuran las incompatibilidades establecidas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, en el caso de los funcionarios mencionados en esta norma, que deseen postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

Finalmente, la Sala deja en claro, de manera expresa, lo siguiente:

1) Las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

2) La norma citada no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

El régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, salvo en cuanto dicha norma extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

3) El presente concepto se refiere única y exclusivamente a las incompatibilidades establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 y no alude a otras inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, en las cuales eventualmente pudieran incurrir los funcionarios mencionados por dicha norma, que aspiraran a inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

III. LA SALA RESPONDE

(...)

El artículo 43, numeral 1, literales a y b no establece incompatibilidad alguna para que los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales puedan ser postulados y elegidos en cargos públicos en las próximas elecciones territoriales a celebrarse el 27 de octubre de 2019.” (Subrayado fuera de texto).

Es claro el concepto al señalar que el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 no crea una nueva incompatibilidad para que aquellos que han actuado en cargos de elección popular, entre ellos, los concejales, sean elegidos en las siguientes elecciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe incompatibilidad para tomar posesión o para realizar actuaciones administrativas en el municipio por la incompatibilidad hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio como concejal, pues el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, no crea una incompatibilidad para ejercer cargos de elección popular, sino que se trata de incompatibilidades relacionadas con la intervención en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente a la de los servidores públicos mencionados en la norma, y con la actuación de estos como apoderados o gestores ante autoridades públicas.

En este orden de ideas, existe prohibición para que un concejal en ejercicio se vincule como empleado público con una entidad pública, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo.

Por consiguiente, una vez finalizado el período constitucional para el cual fue elegido el concejal, en criterio de esta Dirección Jurídica podrá ser vinculado como empleado público en las entidades del respectivo ente territorial, es decir podrá aceptar cargos en la respectiva administración pública, siempre y cuando cumpla con los requisitos para el desempeño del mismo.

Ahora bien, en relación con las sanciones administrativas o disciplinarias de las que puede ser objeto los alcaldes municipales, como se manifestó al inicio de este documento, esta Dirección Jurídica no es competente para pronunciarse al respecto, debido a que, no contamos con funciones jurisdiccionales, de control o vigilancia.

Motivo por el cual, en caso de que considere que un servidor público, como es el caso de los alcaldes, han eventualmente extralimitado el ejercicio de sus funciones podrá estudiar la posibilidad de acudir a los organismos de control como es el caso de la Procuraduría General de la Nación (PGN) o a los Jueces de la República, para que en el marco del debido proceso se pronuncien en relación con los hechos

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Decreto 430 de 2016: Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Decreto 1603 de 2023: Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°:11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N. 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla

5 Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

6 Ley 1952 de 2019: 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.

Fecha y hora de creación: 2026-05-22 00:03:57