



Concepto 066791 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000066791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000066791

Fecha: 05/02/2024 09:47:11 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex Concejal. RAD. 20249000000092 del 02 de enero de 2024.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable que ex concejal pueda participar en el proceso de elección para ser secretario del concejo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

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.

Ahora bien, se debe indicar que la Ley 136 de 1994³, señala:

"ARTÍCULO 48. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los concejales. Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

PARÁGRAFO 1. Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo.

PARÁGRAFO 2. Se exceptúan de lo previsto en este Artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa. (Destacado nuestro)"

De acuerdo al Artículo anterior, los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por

matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

En consecuencia, como quiera que, en el caso planteado en la consulta no se configura ninguno de los supuestos prohibidos por el artículo 48 de la Ley 136 de 1994, en principio el concejo no tiene prohibido nombrar como secretario del concejo a un ex concejal.

Ahora bien, la Ley 136 de 1994, 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, incurrá 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.
(Subrayado fuera del texto)

Por su parte, la Ley 1952 de 2019⁴, 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:

1º) 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.

2º) 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, los 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. 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.”

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 Diputados, sean elegidos en las siguientes elecciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe incompatibilidad para tomar posesión o para actuaciones administrativas en el municipio por la incompatibilidad hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio como concejal, pues el artículo 45 de la Ley 136 del 1994 y el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, no crearon 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.

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.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que las incompatibilidades de los concejales se extienden hasta la terminación de dicho período constitucional, se colige que existe impedimento legal para que durante ese tiempo la persona que ejerce como tal, se vincule en un empleo público o tenga un contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, una vez finalizado el período Constitucional para el cual fue elegido, en criterio de esta Dirección Jurídica podrá celebrar contratos con entidades públicas y también podrá ser vinculado como empleado público en las entidades del respectivo ente territorial, es decir podrá aceptar cargos en la respectiva administración pública, incluyendo el empleo de secretario del concejo, siempre y cuando cumpla con los requisitos para el desempeño del mismo.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño S

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

2Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

4 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: 2026-01-29 22:32:46