



Función Pública

Concepto 523891 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000523891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000523891

Fecha: 15/08/2024 11:34:42 a.m.

Bogotá D.C.

REF.- INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades e incompatibilidades asociadas al ejercicio como servidor público. RAD.: 20249000605642 del 5 de agosto de 2024.

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, respecto de la prohibición para que un servidor público suscriba contratos, la Constitución Política determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 127. 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)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, los servidores públicos, como es el caso de los concejales se encuentran inhabilitados para 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.

De lo expuesto y por expresa prohibición contenida en la Constitución Política, un concejal municipal no podrá 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, por lo que el interesado deberá verificar que la entidad privada a la que pretende vincularse no administre recursos públicos.

De otra parte, es importante tener presente que, en relación con la prohibición para que un servidor público reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia establece que 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.

En desarrollo del anterior precepto Constitucional se expidió la Ley 4 de 1992, en la que se señala que 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 las excepciones previstas en el artículo 19 ibídem.

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, en ese sentido, se colige que el empleado público no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

En relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994 determina lo siguiente:

ARTÍCULO 45.- INCOMPATIBILIDADES. *Los concejales no podrán:*

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

2. 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.

3. 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.

4. 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.

-

5. 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 "universitaria". Subrayado "universitaria"*

Nota: (Declarado INEXEQUIBLE. Sentencia C 231 de 1995 Corte Constitucional.)

PARÁGRAFO 2.- 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 46.- EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los Artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la Ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

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.” (Subraya fuera de texto”

De acuerdo con lo previsto por el Legislador, durante el período Constitucional respectivo, el concejal no podrá, entre otras, 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 de este o reciban donaciones de éste, tampoco podrá vincularse como empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Frente al particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2005, con ponencia del Magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra manifestó lo siguiente:

“LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL-Límites

La jurisprudencia también ha sido enfática en señalar que el diseño de las inhabilidades e incompatibilidades no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente al respecto, y en todo caso debe respetar

parámetros de razonabilidad, y subordinarse a los valores y principios constitucionales; en especial debe respetar el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio, y el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Ha agregado que la regulación legal de tales inhabilidades e incompatibilidades sólo respeta la Carta si tiene como finalidad asegurar la transparencia, moralidad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y EMPRESA DE SEGURIDAD SOCIAL-Circunstancias que las diferencian de otras/REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL-Razones por las que su diseño debe ser más estricto

Los dos tipos de empresas señaladas por el legislador para establecer la causal de incompatibilidad -empresas de seguridad social y empresas de servicios públicos domiciliarios- se identifican en su vinculación con regímenes jurídicos organizados con fundamento en el principio constitucional de solidaridad, y en torno de la administración de un régimen de subsidios. Circunstancia que no se presenta en las demás empresas de servicios que pueden operar en el municipio. Es decir, el legislador estimó que esta circunstancia exigía diseñar un régimen más estricto de incompatibilidades, que asegurara en mayor medida la transparencia y la moralidad en la gestión administrativa de tales entidades. Por tal razón, no es la misma la situación de los concejales frente a este tipo de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios, que frente a las de otro tipo; la ley, en vista de los mecanismos de solidaridad y de subsidio sobre los cuales operan las primeras, y con miras a preservar de manera más intensa la moralidad y la transparencia en la gestión de estos sistemas de solidaridad, quiso ser celoso respecto de los posibles conflictos de interés que pudieran resultar del hecho de que los concejales fueran simultáneamente empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios.

CONFLICTO DE INTERESES DE CONCEJAL-Empleados o contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social

No están en igual situación los concejales que simultáneamente sean empleados o contratistas de empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, que aquellos otros concejales que sean empleados o contratistas de otro tipo de empresas. En los primeros, el conflicto de intereses que esta doble posición pudiera ocasionar reviste mayor trascendencia social, por la naturaleza de las empresas mencionadas, que son justamente aquella a través de las cuales en mayor medida se hace efectivo el principio de solidaridad.

INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL-Clasificación demasiado amplia de causal que prohíbe el desempeño simultáneo de quienes laboran o contratan con las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios o Empresas de Seguridad Social

Si bien es cierto que los concejales que simultáneamente se desempeñen en cargos directivos en las aludidas empresas están en una situación más propicia a los conflictos entre el interés público y el interés privado, a quienes no se encuentran en esas posiciones de mando, o son simplemente contratistas, igualmente les asiste un interés particular en las decisiones que respecto de la empresa pueda adoptar el concejo municipal. En esa medida, es razonablemente presumible que puedan surgir frecuentes conflictos de interés en cabeza suya, si simultáneamente se desempeñan como concejales. Por ello desestima la argumentación del demandante, que considera que la incompatibilidad acusada resulta demasiado amplia al cobijar cualquier clase de empleo o de contratista.

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA PARTICIPACION Y ACCESO AL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS-Limitaciones

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO DE ACCESO AL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS-Tensión con los principios de la función administrativa

Los derechos al trabajo y de acceso al ejercicio de cargos públicos parecen entrar en tensión con los principios de moralidad, transparencia y eficiencia que gobiernan el ejercicio de la función administrativa. En tal virtud, el legislador ha estimado necesario restringir los aquellos derechos, en aras de garantizar éstos principios.

JUICIO DE RAZONABILIDAD-Pasos

INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL-Juicio de razonabilidad en causal que prohíbe la vinculación con Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Empresas de Seguridad Social

Lo primero que corresponde examinar es si esa restricción de derechos persigue alguna finalidad constitucionalmente relevante que la justifique; en el presente caso, como se acaba de decir, esa finalidad radica en la necesidad de garantizar la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, objetivos que no solo son legítimos, sino también importantes en el Estado Social de Derecho. Ahora bien, en cuanto al medio escogido por el legislador para alcanzar el anterior propósito constitucional, en el presente caso consiste en diseñar una causal de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de concejal, que impide que quienes sean empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos que operen en el municipio, simultáneamente se desempeñen como concejales. Al parecer de la Corte, esta incompatibilidad, escogida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, pues impide la confluencia de intereses personales y públicos en cabeza de un mismo sujeto. En tal virtud, se cumple con la adecuación de medio a fin de que debe estar presente en las normas legales que restringen derechos fundamentales para el logro de objetivos constitucionales relevantes.

INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL-Juicio de proporcionalidad en causal que prohíbe la vinculación con Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Empresas de Seguridad Social

La Corte encuentra que por diversas razones no puede afirmarse que la restricción sea desproporcionada. En efecto, de conformidad con lo reglado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 66 de la Ley 136 de 1994, los concejales perciben honorarios, que se causan por cada sesión del concejo a que asistan, cuya cuantía será “como máximo el equivalente al ciento por ciento (100%) del salario diario que corresponde al respectivo alcalde”. Esta circunstancia aminora la restricción al derecho al trabajo que se deriva de que el concejal no pueda ser empleado o contratista de las empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social que operan en el municipio, pues significa que la labor de los concejales, aparte de su aspecto propiamente político, es también una forma remunerada de ejercicio del derecho al trabajo.”

De acuerdo con lo previsto por la Corte Constitucional, la prohibición contenida en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 es justificable, pues radica en la necesidad de garantizar la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, objetivos que no solo son legítimos, sino también importantes en el Estado Social de Derecho.

Ahora bien, en el caso que se traten de servicios que se presten en el sector privado, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno, 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, salvo el caso de los abogados³, y los contenidos en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 arriba transcritos.

De otra parte, la misma Ley 1952 de 2019 determina 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, en ese sentido, aun cuando un concejal no cumple con jornada laboral, si debe cumplir con sus actividades propias del cargo, entre ellas, la asistencia a las sesiones de la corporación.

Así las cosas, y 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 servidor público (distinto de los abogados) pueda prestar sus servicios de manera particular o en entidades del sector privado, siempre que como ya se indicó, no se trate de personas privadas que manejen o administren recursos públicos, y que los servicios los preste 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.

Para el caso de los concejales deberá tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, ya transcritas.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Harold Herreño

Revisó y 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 Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:25:59