



Función Pública

Concepto 380881 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000380881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000380881

Fecha: 06/12/2019 12:25:57 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Incompatibilidad para ser nombrado en empleo público o privado. RAD. 20199000387132 del 26 de noviembre de 2019. |

En la comunicación de la referencia, informa lo siguiente:

- Es profesional vinculado en carrera docente en la Alcaldía de Medellín, desde enero de 2016, nombrado en propiedad en la Institución Educativa El Pinal del Municipio de Medellín.

- En el año 2015 fue candidato al Concejo Municipal de Barbosa Antioquia, sin alcanzar una curul en la respectiva corporación. En la fecha 22 de noviembre de 2019 se presenta una renuncia de un concejal y el 26 de noviembre de 2019 la respectiva corporación le notifica que de acuerdo a la votación registrada en Registraduría Municipal es quien tiene derecho a ocupar la respectiva curul vacante.

- En el departamento de Valle se presentó un caso similar en el cual el docente tomó posesión como concejal y eventualmente se le dio pérdida de investidura por ocupación de dos empleos públicos aun el docente habiendo renunciado a los honorarios como concejal.

Con base en la información suministrada, consulta:

1. ¿Por qué se consideró el papel de concejal como un empleo público?
2. ¿Qué otras normas pueden sustentar que los dos cargos públicos son en diferente ente territorial?
3. ¿Qué posibilidad existe para aceptar una curul como concejal en condición de licencia no remunerada como docente?

4. ¿La solicitud de licencia no remunerada libera la condición de servidor público?
5. ¿Es posible ocupar el cargo como concejal municipal siendo docente nombrado en propiedad en un ente territorial distinto?
6. ¿Qué fuerza jurídica tiene un concepto jurídico del Departamento Administrativo de la Función Pública?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación con la calidad de los servidores públicos, el artículo 123 de la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...).”

Según la norma supralegal, los servidores públicos del Estado pueden ser: miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales.

Lo concejales, si bien son servidores públicos, no son empleados públicos, sino miembros de corporación.

Ahora bien, respecto al desempeño de más de un empleo público, la Constitución Política señala en su artículo 128:

“ARTICULO. 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”.

“ARTÍCULO 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.

(...)” (Se subraya).

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, señala:

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

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas.

(...).”

“ARTÍCULO 47.- Duración de las incompatibilidades. <Modificado por el art. 43, Ley 617 de 2000>. 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.

Como se aprecia, tanto las normas constitucionales como las de rango legal, indican que quien goza de la calidad de concejal (miembro de corporación pública), no puede aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública.

En la consulta, se cita un caso específico en el que un docente perdió la investidura por haber ejercido el cargo de concejal, sin haber renunciado a su empleo de docente. Se considera pertinente citar los argumentos expuestos por el Consejo de Estado¹ en el proceso referido:

“(…), la Sala continuará con el estudio de la configuración de la causal de incompatibilidad que dio lugar a la pérdida de investidura del concejal municipal de La Victoria (Valle del Cauca), señor OCTAVIO JARAMILLO MORALES, prevista en el artículo 55, numerales 1 y 2 de la Ley 136, el cual establece:

“[...] Artículo 55º.- Pérdida de la investidura de concejal. Los concejales perderán su investidura por:

1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.

2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses [...]” (Negrillas por fuera de texto).

El referido régimen de incompatibilidades de los concejales, viene dispuesto en el artículo 45 de la misma ley:

“[...] Artículo 45º.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura [...]”² (Negrillas por fuera de texto).

Previéndose en su parágrafo 1º, la siguiente excepción:

“[...] Parágrafo 1º.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra [...]” (Negrillas por fuera de texto).

Esta causal de pérdida de investidura, luego fue ratificada por el artículo 48 de la Ley 617, así:

“[...] Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general [...]” (Negrilla por fuera de texto).

Por su parte, resulta pertinente recordar el artículo 291 de la Constitución Política, con fundamento en el cual, fueron previstas esta conducta incompatible con el ejercicio de la función pública desde una corporación territorial y su consabida consecuencia sancionadora de pérdida de investidura. Esta norma Superior, prohíbe esta actuación y ordena el despojo de la investidura, así:

“[...] Artículo 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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

En la causal, inicialmente, deberán verificarse los elementos propios de su análisis objetivamente considerado para que, de ser procedente, se continúe con la revisión del aspecto subjetivo de la misma. Aquellos son:

- i. Que el demandado tenga la calidad de concejal al momento de la ocurrencia de los hechos.
- ii. Que el concejal acepte o desempeñe, simultáneamente, un cargo en la administración pública, ya sea que lo haga con posterioridad a su posesión como cabildante o ya estuviese ejerciéndolo para ese momento.
- iii. Que no estén presente alguna de las dos condiciones eximentes previstas por la Ley, esto es que, no haya renunciado al cargo en la administración pública antes de tomar posesión como concejal o que la actividad paralela corresponda al ejercicio de la cátedra docente.

(...)

Con relación al segundo de los elementos, es de resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia [C-231](#) de 25 de mayo de 1995³, acerca del ejercicio simultáneo de la función de concejal y el cargo público específico de docente, consideró lo siguiente:

“[...] Cabe señalar que en el evento de que el concejal ejerza una función docente que requiera una vinculación con el carácter de tiempo completo o de medio tiempo, propia del desempeño del respectivo empleo, se configura la violación a la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, según el cual, “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público...”, en concordancia con el artículo 291 de la misma Carta Política, que prohíbe a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales aceptar cargo alguno en la administración pública, así como con el artículo 312 del mismo estatuto, que señala que “su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta”, en armonía con el artículo 96 numeral 6o. de la Ley 136 de 1994, ya declarado exequible por esta Corporación en la sentencia No. [C-194](#) de 1995.

Como se expresó en la mencionada providencia, “en el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido”.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la cátedra simultáneamente con la función de concejal, no implica vulneración del ordenamiento constitucional, como se ha dejado expuesto, ello siempre y cuando que aquél que la ejerza, no lo haga vinculado a la entidad donde ejerce la docencia de tiempo completo o medio tiempo, pues conllevaría la imposibilidad de dedicación que exige su actividad como concejal, ni que además, coincidan las horas de cátedra con las de sesiones o labores propias de concejal, ya que en tal caso, se incurriría en la incompatibilidad a que se refieren tanto la Constitución como la Ley 136 de 1994 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

Esta Corporación ha sostenido, que solo basta que se tenga la condición de miembro de una corporación administrativa territorial y, simultáneamente, aceptar o desempeñar un cargo en la administración pública, para que se configure la causal de incompatibilidad que se le atribuye al demandado, desde su óptica objetivamente abordada.

Que, por su parte, el hecho de que renuncie a los honorarios de cualquiera de ellos “[...] no evita o elimina la simultaneidad de ambas condiciones o calidades oficiales, empleado público o concejal [...]” y que “[...] tampoco elimina esa dualidad e incompatibilidad, la circunstancia de que hubiera aceptado o desempeñado tales cargos en municipios distintos, ya que la norma no distingue en ese sentido [...]”⁴.

(...)

En dichas providencias, se ha precisado que la vinculación laboral de los docentes, mediante relación legal y reglamentaria, que implica el desempeño de la labor de medio tiempo o de tiempo completo, comporta el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa pública.

Que, por ello, cuando un concejal desempeña al mismo tiempo ese cargo público con el de docente de medio tiempo o tiempo completo en una institución educativa, bien sea del mismo ente territorial u otro distinto, lo hace incurso en la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades, sin que, por lo demás, la desvirtúe la circunstancia de no devengar honorarios. En cualquier caso, la excepción se predica de la hora cátedra, pues, como ya se indicó, la vinculación laboral de medio tiempo o de tiempo completo comporta el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa de naturaleza pública.

Asimismo, que lo que buscaron el constituyente y el legislador al establecer la causal en comento, fue garantizar la exclusividad de la labor, en este caso, de concejal, al igual que su independencia e imparcialidad que obviamente resultan afectadas con una dedicación de medio tiempo o tiempo completo a la docencia, en la medida en que ello también entraña el desempeño de un cargo o empleo público.

En ese orden de ideas, en el proceso *sub judice* está acreditado, mediante certificación de 21 de octubre de 2016 y sus respectivos anexos (folios 79 al 90), expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, que el demandado, a través del Decreto nro. 2009 de 17 de septiembre de 1993, fue nombrado profesor de tiempo completo en el Colegio “La Presentación” del municipio de El Cairo (Valle del Cauca), con Acta de Posesión nro. 20/1 del día 28 de septiembre de 1993.

(...)

Frente al tercero de los elementos de la causal de inhabilidad, la Sala pone de presente que el demandado no aportó prueba alguna de su renuncia al empleo de docente de tiempo completo previo a su posesión como concejal municipal y, más aún, según su propio dicho, ello nunca tuvo ocurrencia porque confió en evadir los efectos prohibitivos de la norma, deteniendo el desembolso de su asignación salarial proveniente de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca y evitando que se traspusieran entre sí los horarios laborales de ambos empleos públicos.

A la luz del tenor normativo de la incompatibilidad y de la Jurisprudencia consolidada de la Sección, ni dejar de percibir su salario como concejal, ni laborar en uno de los cargos públicos por la mañana y en el otro por la tarde, constituyen hechos con la entidad necesaria para exonerarlo de caer incurso en dicha prohibición constitucional y legal, en tanto que, su razón de ser, es la de evitar que en un mismo ciudadano confluya el ejercicio o desempeño de dos o más empleos públicos y, en consecuencia, de dos o más grupos de funciones, propósitos, conocimientos básicos, requisitos y competencias disímiles entre sí, transgrediendo el mandato de las referidas normas Superiores⁵.

Ello sin dejar de mencionar que, la duplicidad de cargos públicos ante el censurable acto de acaparamiento de dos por un solo funcionario, vulnera, a su vez, el derecho constitucional fundamental de los demás individuos del conglomerado social a acceder al desempeño de funciones públicas y a ocupar dichos empleos⁶.

Por lo tanto, al ser evidente que el demandado tenía la calidad de concejal al momento de la ocurrencia de los hechos y que, al momento de su posesión como cabildante, venía desempeñando simultáneamente el cargo público de docente de aula de tiempo completo en la Institución Educativa “Santa Teresita” de La Victoria (Valle del Cauca), entidad oficial del orden departamental, sin que estuvieran presente alguna de las dos condiciones eximentes, forzoso es concluir que quedó configurada la incompatibilidad bajo el análisis de su perspectiva eminentemente objetiva.”

De la jurisprudencia expuesta, podemos concluir algunas premisas fundamentales para el caso en estudio:

1. Que la prohibición constitucional de ejercer más de dos cargos públicos, opera para todos los servidores públicos (miembros de corporaciones, empleados y trabajadores).
2. Que existe prohibición constitucional explícita para los miembros de corporaciones públicas, como lo es el concejal, de ejercer otro cargo en la administración pública.
3. Que la vinculación de un docente por tiempo completo, o por medio tiempo, implica ejercicio de un cargo público. El profesor de hora cátedra, que es el exceptuado por la norma inhabilitante, es aquel que se vincula a una entidad educativa para desarrollar una labor docente limitada a un número de horas semanales de clase y cuya vinculación se hace por la duración de la labora contratada, y no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales (Ley 30 de 1992, artículo 73).
4. Que renunciar a los honorarios de cualquiera de los cargos (de concejal o de docente) no evita o elimina la simultaneidad de ambas condiciones o calidades oficiales, empleado público o concejal y tampoco elimina la incompatibilidad.
5. Que para aceptar el cargo de concejal, se debe renunciar al cargo público que se viene ejerciendo.

Ahora bien, consulta si solicitar licencia libera al servidor de su condición. Sobre el particular, el Decreto 1083, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, indica:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.3 *Licencia*. Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. No remuneradas:

1.2. Ordinaria.

1.3. No remunerada para adelantar estudios

2. Remuneradas:

2.1 Para actividades deportivas.

2.2. Enfermedad.

2.3. Maternidad.

2.4. Paternidad.

2.5. Luto.

PARÁGRAFO . Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley.” (Se subraya)

Según el texto legal, al encontrarse en licencia, incluyendo la ordinaria, no remunerada, el empleado conserva la calidad de servidor público y, por tanto, no puede desempeñar otros cargos en entidades del Estado, incluyendo el Concejo Municipal.

En cuanto a la obligatoriedad de los conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Ley 1437 de 2011, Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indica:

“ARTÍCULO 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. Quien ejerce el cargo de concejal no tiene la calidad de empleado público. No obstante, es un servidor público, en la modalidad de “miembro de corporación pública”, sobre el cual pesan las prohibiciones legales descritas en el cuerpo de este concepto.
2. Además de las normas específicas dirigidas a los concejales, la Constitución Política, en sus artículos 128 y 291 establecen, de manera específica, la prohibición de que un servidor público ejerza más de un cargo oficial.
3. Solicitar como docente una licencia ordinaria no elimina la calidad de servidor público. De aceptar un cargo público como el de concejal, estando en licencia ordinaria, configura la inhabilidad constitucional y legal descrita, y puede generar investigaciones y sanciones disciplinarias.
4. De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuesta, no es factible ocupar el cargo de concejal municipal y estar simultáneamente nombrado en propiedad como docente, en ninguna entidad pública, de cualquier nivel.
6. Los conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con la Ley 1437 de 2011, no son de obligatorio cumplimiento y los consultantes están en libertad de acogerlos o no.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2017, Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

2. Esta causal fue modificada por el artículo 3º de la Ley 177 de 28 de diciembre de 1994 “Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”, a su vez derogado por el artículo 96 de la Ley 617. Para su comprensión, deberá tenerse en cuenta lo considerado por la Sala en sentencia de 21 de enero de 2016, radicado nro. 13001-23-33-000-2014-00333-01, Consejero ponente Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés: “[...] Inicialmente debe señalarse que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades [...]” (Negrillas por fuera de texto).

3. Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara.

4. Sentencia de 30 de agosto de 2007 (Expediente 2006-01385-01 (PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

5. “[...] Artículo 128. Regulado parcialmente por la Ley 269 de 1996. 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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

“[...] Artículo 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 [...]” (Negrillas por fuera de texto).

“[...] Artículo 312. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. 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.

[...]

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta [...]” (Negrillas por fuera de texto).

6. “[...] Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

[...]

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:21:29