



Función Pública

Concepto 354971 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000354971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000354971

Fecha: 31/07/2020 02:54:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal - Concejal como empleado público de otra jurisdicción. RAD. 20202060264352 del 24 de junio 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta lo transcrito a continuación:

“PRIMERO: Solicito se me aclare si ¿los concejales de 4ª, 5ª y 6ª categoría, pueden trabajar o no en el sector público por fuera de su jurisdicción?

SEGUNDO: Dependiendo de la respuesta, sí o no, ¿qué ley lo establece? Incluyendo sentencias”.

Al respecto, me permito informar lo siguiente:

1.- La Constitución Política establece:

“ARTICULO 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.”

De acuerdo a lo anterior, los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos.

Asimismo, el artículo 127 de la normativa superior dispone:

“ARTICULO 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.

(...)”

“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”.

Por su parte, la Ley 80 de 1993¹ consagra:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. (Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.”

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

“DOBLE ASIGNACION Prohibición”

“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo.” (Subrayado y negrilla nuestro)

Por su parte, la Ley 4ª de 1992², “” consagra:

“ARTICULO. 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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

-

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;

g). Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARAGRAFO. *No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”*
(Subrayado fuera de texto)

Se colige entonces que los servidores públicos, entres estos los miembros de corporaciones públicas de elección popular, se encuentran inhabilitados para celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

Asimismo, se prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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 anteriormente descritos.

2.- Asimismo, la Ley 136 de 1994³ dispone:

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

1. (ARTÍCULO 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000).

2. *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.*

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. (Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000). *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 1o. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra*

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.”* (Subrayado fuera de texto).

“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) *(Literal subrogado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000). 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. (Artículo modificado por el artículo 43 de la 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.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión". (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 1148 de 2007, por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones, expone:

"ARTÍCULO 7: El artículo 66 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

(...)

"PARÁGRAFO. Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4a de 1992."

De acuerdo a los artículos transcritos en precedencia, los concejales no pueden, 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 del mismo o reciban donaciones de éste.

3. Por último, frente a si como concejal puede contratar con entidades públicas diferentes a las de la zona de su influencia, me permito recordar que el Consejo de Estado mediante sentencia con radicación número 44001 2331 000 2004 00056 01 de 10 de marzo de 2005, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, consideró:

"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)

Así las cosas, en principio, o por regla general, los concejales, en tanto servidores públicos se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla, respecto de lo cual la demandada se remite a la Ley 136 de 1994, y de ella invoca el artículo 45, del cual deduce que la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.

Para claridad del punto conviene traer la disposición pertinente de dicho artículo, así:

"ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

2. 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.

(...)

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.

Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política. (Resaltado nuestro)

Las excepciones a que se refiere la norma constitucional y que conciernen a los concejales se encuentran previstas de manera taxativa en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, y se observa que el contrato motivo del sub lite no se encuadra en esas excepciones, pues se trata de un contrato de obra con el departamento de la Guajira para ser ejecutado en el municipio de Fonseca, lo cual nada tiene que ver con la clase de contratos indicados en la citada norma, a saber:

"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 ofrezcan al público, o condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

c) (adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000). Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social

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."

En ese orden, se tiene que la Corte Constitucional, en sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, magistrado sustanciador doctor José Gregorio Hernández Galindo, considera que "En cuanto a la celebración de contratos, la regla constitucional aplicable es la del artículo 127, inciso 1°, de la Carta, que cobija a los concejales como servidores públicos" (...). (Subrayas de la Sala).

Para mejor comprensión de la razón de ser de esa incompatibilidad al igual que otras de los concejales, conviene traer lo dicho también en la sentencia referenciada, a saber: "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 y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo"

En esas circunstancias se observa que la situación de la encausada no se encuentra dentro de excepción alguna frente a la comentada regla general, incluso al literal f) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, en la medida en que la normativa especial que le es aplicable no la excluye de la prohibición o incompatibilidad respecto de entidades distintas del orden municipal y que no manejen recursos del mismo orden, sino que la reitera en cuanto al ámbito municipal.

En este caso, los contratos celebrados por la encartada lo fueron con el departamento de la Guajira, cuyo precio fue pagado con recursos del presupuesto del mismo ente territorial, según se estipuló en la cláusula sexta del contrato original.

Por lo tanto, es claro que la situación examinada se encuadra en la incompatibilidad descrita en el artículo 127 de la Constitución Política y literal f) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, de donde se configura la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 55, numeral 2, de la Ley 136 de 1994, en cuanto hace a la violación del régimen de incompatibilidades, que en virtud de los referidos contratos se le endilga en la demanda a la actora."

De acuerdo a la normatividad y jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente expuestas, se deduce que el concejal de un municipio como servidor público está impedido para celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato con cualquier entidad del Estado y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos ya que infringiría lo establecido en el artículo 127 de la Constitución Política y en el literal f) del numeral 1º, del artículo 8º de la Ley 80 de 1993; consonante con las establecidas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica un concejal no puede trabajar en el sector público por fuera de su jurisdicción, toda vez que conforme a los artículos 127 y 128 de la Constitución Política, como servidor público, se encuentra inhabilitados para celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos; y no pueden desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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 anunciadas en el presente concepto.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

2. 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.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:15:39