



Concepto 373391 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000373391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000373391

Fecha: 07/10/2022 01:51:45 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Integrante consejo directivo. Concejal. Contratista. Radicado: 20222060451692 del 2 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Procuraduría General de la Nación mediante radicado S-2022-083519 del 1 de septiembre de 2022, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

a) Inhabilidades respecto al nombramiento como delegado del Presidente de la República ante el Consejo Directivo de una Institución de Educación Superior, en atención a las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política y conforme al parágrafo del artículo 62 y literal c) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

b) Relación de Inhabilidades, Incompatibilidades y conflictos de interés respecto de los nombramientos anteriores y una posterior candidatura al Concejo Municipal, teniendo en cuenta que la Institución de Educación Superior es pública del orden municipal de Tuluá Valle del Cauca, y la candidatura al Concejo Municipal se daría en el Municipio de Guadalajara de Buga Valle del Cauca. Lo anterior, en atención a las Leyes 136 de 1994, 1551 de 2012 y en general las que regulan el ejercicio de concejal.

c) Relación de Inhabilidades, Incompatibilidades y conflictos de interés respecto de la celebración de contratos o convenios con entidades públicas de un municipio distinto al cual se pretende realizar la candidatura al Concejo Municipal, y celebración de contratos con Corporaciones Autónomas Regionales del orden departamental del Valle del Cauca (CVC), respecto a candidaturas al Concejo Municipal en los términos de las Leyes 136 de 1994, 1551 de 2012 y en general las que regulan el ejercicio de concejal.

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Para dar respuesta a su comunicación es preciso referirnos a los siguientes temas: (i) Inhabilidades aplicables al delegado del Presidente de la República en el consejo directivo de una institución de educación superior, (ii) Inhabilidades para el integrante del consejo directivo de una institución de educación superior para postularse como concejal y (iii) Inhabilidades en la celebración de contratos en un municipio distinto de donde quiere postularse como concejal o con corporaciones autónomas regionales del departamento.

En este entendido, y como preámbulo es importante mencionar que de conformidad con lo expuesto por 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.

La Sala Plena del Consejo de Estado 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. Es decir, son taxativas, tienen un carácter prohibitivo y están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley. Además, su interpretación es restrictiva por lo que no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Inhabilidades aplicables al delegado del Presidente de la República en el consejo directivo de una institución de educación superior.

La Constitución Política (artículo 69) ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos, por lo que puede decirse que el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

El legislador, en cumplimiento del mandato suprallegal, expidió la ley 30 de 1992, «Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior». El artículo 28 de la citada Ley prevé:

La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 67 de la mencionada Ley, dispone:

ARTÍCULO 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del consejo superior universitario o de los consejos directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten (Se resalta).

Así, las universidades pueden establecer su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses y prohibiciones, siempre dentro del marco las garantías de carácter constitucional y respetando el principio de reserva legal.

Sobre el particular el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, del 5 de febrero de 2019, Radicación interna: 2405, Número único: 110010306000201800233-00, considera:

De estas disposiciones se infiere claramente que los consejos o las juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas pueden estar integradas parcialmente por personas naturales que no tengan la calidad de servidores públicos, de la forma y en la proporción en que lo establezcan las leyes especiales que ordenen o autoricen su creación, así como sus respectivos estatutos internos, y que tales particulares no pierden su calidad por el solo hecho de participar en estos órganos colegiados, es decir, que no se transforman en empleados públicos o en otra clase de servidores públicos, aunque tengan a su cargo el ejercicio de funciones públicas.

Conforme a lo anterior, los integrantes de los consejos directivos, en algunos casos, puede tratarse de un empleado público, en tanto viene ejerciendo tal calidad o, ser un particular. En este entendido, tal como lo precisa en su comunicación, la Ley 30 de 1992, en su artículo 64, precisa que, entre otros, el Consejo Superior Universitario se integra por: c) *Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario*. La reglamentación de calidades, elección y período de permanencia en este consejo se trata conforme lo establezcan los estatutos orgánicos.

Inhabilidades para el integrante del consejo directivo de una institución de educación superior para postularse como concejal.

De acuerdo al artículo 67 de la Ley 30 de 1992 y como no se tiene claridad si el integrante del consejo directivo ostenta o no la calidad de empleado público, situación que debe ser verificable por el interesado. Así, para los efectos de competencia de este Departamento nos referiremos al supuesto que se trate de un empleado público conforme al siguiente marco legal:

La Ley 617 de 2000 modificatoria de la Ley 136 de 1994, con relación a las inhabilidades para ser elegido concejal, expresa:

ARTÍCULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

(...)

De acuerdo con la norma, el empleo que ejerza autoridad civil, política o administrativa en un municipio debe renunciar a su cargo al menos 12 meses antes de las elecciones locales con el fin de no inhabilitarse para la elección como concejal. Así, para determinar si se configura dicha inhabilidad, es preciso analizar dos aspectos, a saber: (i) si el ejercicio como empleado público implica jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y (ii) que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio.

La Ley 136 de 1994 sobre los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa se precisa:

ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL: Para efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para una cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1) Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
- 2) Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
- 3) Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLITICA: Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA: Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa.

Conforme a lo anterior, un empleado público ejerce autoridad administrativa o civil cuando, de acuerdo a las funciones asignadas al cargo respectivo, las mismas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados en el respectivo municipio donde se va a celebrar la elección, tales como: celebrar contratos o convenios, ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta.

En consecuencia, si bien el consejo directivo ejerce autoridad administrativa según las funciones previstas en el artículo 65 de la Ley 30 de 1992, tal función se desarrolla en un municipio distinto donde se va a realizar la elección, lo cual es presupuesto para que se configure la inhabilidad relativa a la postulación de quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

Inhabilidades en la celebración de contratos en un municipio distinto de donde quiere postularse como concejal o con corporaciones autónomas regionales del departamento.

La Ley 617 de 2000 modificatoria de la Ley 136 de 1994, establece:

ARTÍCULO 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

(...)

De conformidad con la norma citada, para que se configura la inhabilidad en cita para ser concejal deben concurrir 3 aspectos:

Suscribir un contrato estatal con entidades públicas de cualquier nivel dentro de los 12 meses antes de las elecciones.

El interés propio o de terceros.

Y, que el contrato se ejecute o cumpla en el respectivo municipio.

Así, con respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente Reinaldo Chavarro Buriticá, considera:

En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".

En otra oportunidad, la sentencia C- 618 de 1997 la Corte Constitucional considera que dicha inhabilidad perseguía como finalidad constitucional la siguiente:

(...) evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución, sin que tenga injerencia las renovaciones o el tiempo de ejecución.

Finalmente, es importante resaltar que el numeral 5° del artículo 45 de la Ley 617 de 2000 referente a las incompatibilidades de los concejales, en específico al caso materia de consulta, señala lo siguiente: *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.*

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1.- Las inhabilidades aplicables a quien sea designado como integrante del consejo directivo aplican según la calidad que ostente, es decir, si es empleado público debe revisar las normas contenidas, entre otras, en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política, el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019; así como, aquellas contenidas en los estatutos de la institución universitaria, esta última es la que debe revisarse cuando se trate de un particular en caso que le sean aplicables.

2.- Igual que como se concluye en el punto anterior, la inhabilidad, a analizar, para postularse como concejal aplica si tiene la calidad de empleado público. En este entendido, y aunque el consejo directivo de las instituciones universitarias ejerce dirección administrativa, la misma se realiza en un municipio distinto a donde va realizarse la elección como concejal, condición para que se configure la inhabilidad. Así, en criterio de esta Dirección Jurídica puede continuar en dicho cargo hasta antes de iniciar la contienda electoral en tanto los empleados públicos tienen prohibido participar en política conforme a las disposiciones previstas en la Constitución Política y la Ley 1952 de 2019.

3.- Corresponde al interesado determinar si el contrato suscrito con un municipio distinto o con la CAR de orden departamental se ejecuta o cumple en el respectivo municipio donde aspira a ser elegido concejal; de ser así, le corresponde revisar si fue suscrito dentro del año anterior a las elecciones locales. En caso de no encontrarse impedimento alguno, es importante precisar que en el caso de ser elegido en el cargo de concejal debe ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo toda vez que los servidores públicos no pueden ser contratistas del Estado, lo cual es constitutivo de incompatibilidad para el ejercicio del cargo.

Finalmente, como nota adicional, en lo referente al conflicto de interés debe observar lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019 y los artículos 11 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Corte Constitucional en Sentencia No. [C-546](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

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

«Por la cual se reforma parcialmente la Ley [136](#) de 1994, el Decreto Extraordinario [1222](#) de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto [1421](#) de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional».

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

«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».

Ley [1437](#) de 2011.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:16