

**Función Pública**

# Concepto 096961 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000096961\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000096961

Fecha: 07/03/2023 02:02:06 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parientes. Inhabilidad para que un concejal municipal suscriba un contrato con una empresa del sector privado que a su vez suscribe un contrato con una entidad pública. RAD: 20239000138732 del 3 de marzo de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal municipal suscriba un contrato con una empresa del sector privado que a su vez suscribe un contrato con una entidad pública, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para dictaminar si una persona en particular se encuentra inhabilitado para acceder a cargos de elección popular, dicha competencia es propia de los Jueces de la República; por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

Aclarado lo anterior, se considera pertinente tener en cuenta que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, determina que las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”. Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>2</sup> ha sido consistente al manifestar que 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 Estado<sup>3</sup> 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Ahora bien, en relación con la calidad de los concejales, los artículos 123 y 312 de la Constitución Política de Colombia señalan:

*“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. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...).”*

*“ARTICULO 312. 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.*

*La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta”.* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con los anteriores preceptos constitucionales, los concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública, pero no tienen la calidad de empleados públicos.

De otra parte, la Constitución Política, señala:

*“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.”*

De conformidad con lo anterior, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público ni 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, lo cual es aplicable al caso materia de consulta.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, 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 consagra:

*“ARTÍCULO. 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 beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados; (subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

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.”

De conformidad con la norma y jurisprudencia expuestas, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público ni 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, lo cual es aplicable al caso materia de consulta.

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016), Expediente No. 13001-23-33-000- 2014-00333-01, señaló lo siguiente:

“A su turno, esta Sala afirmó lo siguiente:

“(…) 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”.

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:

(...)

*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.*

(...)

*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 y subrayado fuera de texto).

Existe, entonces, una relación armónica y complementaria entre el artículo 127 de la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por lo que las disposiciones de la norma de carácter legal no pueden ser tenidas, de ninguna forma, como excepciones al artículo 127 de la Carta Política, tratándose, por ello, de una norma especial que no impide la aplicación, en sus demás ámbitos, de la disposición citada de la Carta Política.

En esa medida, conforme se acreditó en el proceso, el demandante celebró, en representación de otro (la sociedad INVERSIONES BISVAR I.P.S. S.A.S.), un contrato con una entidad pública (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), mientras ostentaba la condición de concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), esto es, de servidor público, por lo que incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política y, en consecuencia, en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades”. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el Consejo de Estado, el concejal que celebre, en representación de otro un contrato con una entidad pública, mientras ostenta la condición de concejal, esto es, de servidor público, incurrirá en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política.

Respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

*“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad<sup>4</sup>. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.*

*Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).*

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, no es viable suscribir un contrato por interpuesta persona con entidades Estatales con el fin de obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse, o para eludir las inhabilidades e incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

De otra parte, la Ley 136 de 1994<sup>5</sup>, expresa:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

*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.” (...)

*“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 de texto)*

De acuerdo con el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, los concejales, durante el ejercicio del cargo no pueden 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.

Estas incompatibilidades se extienden hasta la terminación del periodo constitucional respectivo; si renuncian faltando seis (6) o más meses para la culminación del periodo, estas incompatibilidades continuarán durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Así las cosas y conforme con lo señalado anteriormente, esta Dirección Jurídica considera frente al caso concreto, que, si como concejal celebra un contrato indirectamente, en representación de otro o por interpuesta persona con una entidad pública, incurrirá en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política.

Ahora bien, si como concejal suscribe un contrato con una entidad privada que a su vez suscribe un contrato con una entidad pública, no se configuraría la incompatibilidad, por cuanto la misma opera frente a personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio, y como se mencionó anteriormente, el contrato a que hace referencia en su consulta se celebraría con una entidad privada que no administra, maneja o invierte fondos públicos procedentes del respectivo municipio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo\\_y\\_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1

“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

<sup>2</sup> Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3

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

<sup>4</sup> Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

<sup>5</sup> "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"

---

Fecha y hora de creación: 2025-02-10 02:30:16