



Concepto 153051 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000153051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000153051

Fecha: 20/04/2023 10:39:00 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde de un municipio diferente? RAD. 20232060226052 del 18 de abril de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitido a este Departamento por parte de la Procuraduría General de la Nación PGN, mediante la cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerce como concejal municipal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde en un municipio diferente al que presta sus servicios, me permito manifestarle lo siguiente:

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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 pronunciamientos² 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 Estado³ 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, con el fin de atender la solicitud de concepto, se considera pertinente tener en cuenta que, respecto de las inhabilidades para aspirar a ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000⁴, señala:

"ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

"(...)"

2.- 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 quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio."

"(...)" (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, no podrá postularse para ser elegido en el cargo de alcalde 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 quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Por otra parte, respecto de la calidad de los concejales, la Constitución Política señala lo siguiente:

"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.

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 (...)."

"ARTÍCULO 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 el precepto constitucional, los concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública pero no tienen la calidad de empleados públicos, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, los concejales no se encuentran dentro de la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

De otra parte, la Carta política prohíbe el que una persona sea elegida para más de una Corporación o cargo público al indicar:

"ARTÍCULO 179.

(...)

Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente." (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 136 de 1994⁵, establece:

"ARTÍCULO 44. INELEGIBILIDAD SIMULTÁNEA. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Los concejales en ejercicio que aspiren a ser congresistas deben renunciar a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su

candidatura.”

De acuerdo con lo anterior, se precisa que el concejal no tiene la calidad de empleado público, en consecuencia, no se evidencia prohibición alguna para que un concejal se postule para ser elegido como alcalde municipal en el mismo o en otro municipio, siempre que los periodos no coincidan, así sea parcialmente.

En relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 617 de 2000 determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES. Adicionase el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, con los siguientes numerales:

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

“ARTÍCULO 43. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“ARTICULO 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).

Respecto a la posibilidad de un concejal para inscribirse como candidato a la alcaldía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, ha señalado:

“Para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Concejal no tiene la calidad de empleado público.

En efecto, el artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el artículo 312 ibídem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado que los empleados públicos son otra especie del género servidores públicos.

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, anteriormente señalada, los concejales son servidores de elección popular que no poseen la calidad de empleados públicos y por tal motivo, la causal de inelegibilidad de los alcaldes que consagra el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no les es aplicable.

De igual forma, la misma corporación, en sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 68001231500020040043901, Radicación interna No. 3765 de abril 6 de 2006, Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buritica, respecto a la inhabilidad del presidente del concejo para ser alcalde, expreso:

“2. 4. El ejercicio de autoridad política, civil y administrativa por parte de los concejales y del Presidente del

Ha sostenido la Sección 2, que la función administrativa de concejal y el desempeño de la presidencia del cabildo, no invisten a quienes la

ejercen de autoridad civil o política ni de cargo de dirección administrativa, porque el concejal no es, por definición constitucional, empleado público sino un servidor público sujeto a las responsabilidades que la ley le atribuye, y porque los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política y dirección administrativa respectivamente, señalan quienes las ejercen a nivel municipal y resulta claro que el concejal no es titular de aquellas ni de esta; que tampoco está investido de ellas el Presidente del cabildo, por cuanto las funciones administrativas que desempeña en razón de esa dignidad, las ejerce a título de concejal y porque de no ser así se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa corporación, pues si tuvieran aquellos la autoridad política o la dirección administrativa que les atribuyen los demandantes no serían reelegibles para el Concejo, por efecto de la inhabilitación consagrada en el artículo 43, numeral 2° de la Ley. 136 de 1994, en tanto que los demás cabildantes sí pueden ser reelegidos, lo que llevaría a que los concejales no aceptaran cargo alguno en la mesa directiva de la corporación en los seis meses anteriores a la nueva elección de cabildantes.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el concejal no se encuentra incurso en las causales de inhabilitación establecidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo; en consecuencia, quien se desempeña como concejal municipal y aspira a ser elegido alcalde en el mismo o en otro municipio no requiere renunciar al cargo de concejal, aun cuando presida la Corporación, por cuanto, se reitera, no tiene la calidad de empleado público; no obstante, deberá verificar que los periodos no coincidan en el tiempo.

De igual manera, se considera pertinente indicar que, el concejal puede terminar el periodo para el que fue elegido sin que medie incompatibilidad alguna, teniendo en cuenta que los concejales no son empleados públicos y que las incompatibilidades dispuestas para ellos tienen vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, o 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, conforme lo establece el artículo 43 de la Ley 617 de 2000.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilitaciones 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> 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”

2 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.

4 "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".

5 “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 14:03:10