



Concepto 035761 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000035761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000035761

Fecha: 19/01/2024 07:02:31 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Incompatibilidad para que concejal sea miembro de Mesa de Participación de Víctimas. RAD.: 20232061095802 del 11 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"(...) 1. Puede participar como integrante de la mesa departamental y mesa municipal de víctimas siendo elegido electo como concejal para el periodo 2024-2027.

Si la misma persona solicita la licencia temporal a nivel municipal, esa situación conlleva a no estar activo a nivel municipal y por ende no podría participar a nivel departamental o si podría."

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

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.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ 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". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Ahora bien, la Constitución Política, establece:

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.*

(Inciso 1. modificado por el Artículo 4 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. Declarado EXEQUIBLE, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-757 de 2008)

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.

De otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005², 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 ibidem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado

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)

En este orden de ideas, los concejales son servidores públicos de elección popular, que no tienen la calidad de empleados públicos y que pertenecen a una Corporación político administrativa como es el concejo municipal.

Respecto de las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones públicas, la Constitución Política señala:

“ARTICULO 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.

(...)”

Por su parte, la Ley 136 de 1994³, dispuso:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

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. 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 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.

(...)

Asimismo, la Ley 1952 de 2019⁴, determina:

“ARTÍCULO 43. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, respecto de la prohibición para que los servidores públicos reciban doble erogación por parte del tesoro público, el artículo 128 de la Constitución Política, establece:

ARTÍCULO 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 otro lado, La Ley 1448 de 2011⁵, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 193. MESA DE PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS. Se garantizará la participación oportuna y efectiva de las víctimas de las que trata la presente ley, en los espacios de diseño, implementación, ejecución y evaluación de la política a nivel nacional, departamental, municipal y distrital. Para tal fin, se deberán conformar las Mesas de Participación de Víctimas, propiciando la participación efectiva de mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores víctimas, a fin de reflejar sus agendas.

Se garantizará la participación en estos espacios de organizaciones defensoras de los derechos de las víctimas y de las organizaciones de víctimas, con el fin de garantizar la efectiva participación de las víctimas en la elección de sus representantes en las distintas instancias de decisión y seguimiento al cumplimiento de la ley y los planes, proyectos y programas que se creen en virtud de la misma, participar en ejercicios de rendición de cuentas de las entidades responsables y llevar a cabo ejercicios de veeduría ciudadanía, sin perjuicio del control social que otras organizaciones al margen de este espacio puedan hacer.

PARÁGRAFO 1. Para la conformación de las mesas a nivel municipal, departamental y nacional, las organizaciones de las que trata el presente artículo interesadas en participar en ese espacio, deberán inscribirse ante la Personería en el caso del nivel municipal o distrital, o ante la Defensoría del Pueblo en el caso departamental y nacional, quienes a su vez ejercerán la Secretaría técnica en el respectivo nivel.

Será requisito indispensable para hacer parte de la Mesa de Participación de Víctimas a nivel departamental, pertenecer a la Mesa de Participación de Víctimas en el nivel municipal correspondiente, y para la Mesa de Participación de Víctimas del nivel nacional, pertenecer a la mesa en el nivel departamental correspondiente. (...)”

Teniendo en cuenta lo anterior, las Mesas de Participación de Víctimas, como su nombre lo indica, es una herramienta por medio de la cual las víctimas, entre otras, participan en el seguimiento al cumplimiento de la ley y los planes, proyectos y programas que se creen en virtud de la misma

La conformación de las Mesas de Participación de Víctimas, cuenta en su integración con el mayor espectro posible de la población, incentivando la intervención de mujeres, niños, niñas y adolescentes y adultos mayores víctimas.

Por su parte, la Resolución No. 388 del 10 de mayo de 2013⁶, dispone como prohibiciones de los miembros de las mesas de participación lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PROHIBICIONES DE LOS MIEMBROS DE LAS MESAS DE PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE VÍCTIMAS. (Artículo modificado por el artículo 6 de la Resolución 828 de 2014). Será absolutamente incompatible con el ejercicio de sus funciones:

- a) Gestionar a nombre propio o de terceras dadas y obtener recursos de forma indebida.*
- b) Cobrar como intermediario o tramitador en la gestión de los derechos de las víctimas.*
- c) El aprovechamiento indebido del cargo que vaya en contra del bienestar general de las víctimas.*
- d) Postularse al mismo tiempo a diferentes mesas municipales o distritales lo cual será causal de anulación de la postulación por parte del Ministerio Público.*
- e) Participar en las sesiones de las Mesas de Participación, cuando se trate de un asunto donde se traten temas donde el representante, o su organización, tienen intereses directos.*
- f) (Literal modificado por el artículo 2 de la Resolución 1281 de 2016). Ser funcionarios públicos o contratistas del Estado a cualquier nivel, cuando sus funciones u obligaciones tengan relación directa con la política pública de víctimas. A excepción de cuando sus funciones u obligaciones sean participar en actividades como talleristas, docentes o monitores en temas relacionados con la Ley 1448 de 2011, las normas que la modifiquen o adicione y pedagogía para la paz.” (Subrayado fuera de texto).*

Conforme a lo anterior, los miembros de las Mesas de Participación de Víctimas no pueden ser funcionarios públicos o contratistas del Estado, de cualquier nivel, cuando sus funciones u obligaciones tengan relación directa con la política pública de víctimas. Excepción de cuando sus funciones u obligaciones sean participar en actividades como talleristas, docentes o monitores en temas relacionados con la Ley 1448 de 2011, las normas que la modifiquen o adicione y pedagogía para la paz.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, como quiera que la finalidad de las inhabilidades e incompatibilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas, no se evidencia por parte de esta Dirección Jurídica que exista algún tipo de incompatibilidad para que un concejal electo sea integrante de la Mesa de Participación de Víctimas de nivel departamental o municipal, debido a que no hay norma que lo prohíba.

No obstante lo anterior, si uno de sus integrantes de la Mesa de Participación de Víctimas se encuentra en una de las situaciones descritas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, tendría una incompatibilidad para continuar en el ejercicio del cargo como concejal.

Ahora bien, respecto a su segunda pregunta, me permito manifestarle que, de acuerdo con el Decreto 430 de 2016, modificado por el Decreto 1603 de 2023⁷, este Departamento Administrativo no es competente para pronunciarse, debido a que, los integrantes de las Mesa de Participación de Víctimas de nivel departamental o municipal no son servidores públicos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N. 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla

3 Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

4 Ley 1952 de 2019: 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.

5 Ley 1448 de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”

6 Resolución No. 388 del 10 de mayo de 2013, expedida por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, “Por la cual se adopta el Protocolo de Participación Efectiva de las Víctimas del Conflicto Armado”,

7 Decreto 430 de 2016: Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:01:32