



Concepto 038911 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000038911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000038911

Fecha: 23/01/2024 10:45:25 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Concejales. Radicado No.: 20232061089492. Fecha: 2023-12-07.

Se plantean las siguientes consultas:

"1. Teniendo en cuenta que el periodo constitucional de un concejal actualmente electo, culmina el 31 de diciembre del 2023, es legalmente posible ser nombrado en el cargo directivo del mismo Municipio que se fungió como Concejal?"

Teniendo en cuenta que al momento se ser elegido Concejal, se encontraba en vigencia la Ley 734 de 2002, y al culminar la Ley 1952 del 2019, existe transitoriedad para acceder a un cargo público. (...) teniendo en cuenta que el tiempo de incompatibilidad, son antagónicos, ya que el 43 de la Ley 617/00 dice: "hasta la terminación del período constitucional respectivo" y el 43 de la Ley 1952 de 2019, reza: "en el segundo hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio"., solicito comedidamente se sirva precisar el tiempo para ejercer cargo público, como Secretario en el Municipio donde fungí como concejal?"

En atención a su comunicación, mediante la cual eleva la anterior consulta, esta Dirección Jurídica se permite manifestarle lo siguiente:

Es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

Por otro lado, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

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, estableció 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."

(...) "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.”

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, 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 proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al 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).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Para efectos de dar respuesta a su consulta, es preciso llevar a cabo el siguiente análisis jurídico y jurisprudencial.

Sobre la naturaleza de los miembros de las corporaciones públicas la Constitución Política de Colombia señala:

“**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 y negrilla 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.

Por su parte, respecto de las incompatibilidades de los concejales municipales la Constitución Política señala:

“**ARTÍCULO 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.

(...)”

“**ARTÍCULO 312.** Modificado. A.L. 1/2007, art. 5. 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.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Asu vez, la Ley 136 de 1994, sobre las incompatibilidades de los concejales, dispuso:

“**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.

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- 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. (...)

“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. (Destacado nuestro)

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”

De acuerdo con lo establecido en las normas transcritas, existe prohibición para que un concejal municipal en ejercicio se vincule como empleado público o suscriba un contrato estatal con una entidad pública, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo. En el caso de renuncia, se mantendrá la incompatibilidad durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que las incompatibilidades de los concejales se extienden hasta la terminación de dicho período constitucional, se colige que existe impedimento legal para que durante ese tiempo la persona que ejerce como tal, se vincule en un empleo público.

No obstante lo anterior, dando respuesta a su primer interrogante, una vez finalizado el período Constitucional para el cual fue elegido, en criterio de esta Dirección Jurídica podrá ser vinculado como empleado público en las entidades del respectivo ente territorial, siempre y cuando éste cumpla con los requisitos para el ejercicio del respectivo empleo, habida cuenta que estas incompatibilidades tienen efecto durante seis meses más luego del retiro del cargo como concejal, pero cuando dicho retiro obedece a una renuncia.

Respecto a la segunda interrogante planteada, esta Dirección jurídica debe manifestar que la misma carece de claridad, habida cuenta de que se pregunta por un régimen de transición para el acceso a cargos públicos, pero las normas citadas no hacen referencia al acceso a cargos públicos, sino que constituyen un régimen disciplinario, no obstante, se aclara que por regla general, al momento de analizar una situación en específico, deberá hacerse a la luz de la aplicación de la norma que se encuentre vigente, a menos que, dicha norma establezca de manera expresa algo diferente.

Por último, dando respuesta a la tercer consulta elevada, debemos tener en cuenta que, el término contemplado por artículo 47 de la ley 136 de 1994 constituye una regla general para el periodo de tiempo durante el cual son aplicables las incompatibilidades de los concejales, que dicho sea de paso, establece que no solo será por el periodo del cargo, sino que 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. Por otro lado, el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019⁴, consagra un término de aplicabilidad de la incompatibilidad contenida en el numeral segundo de dicha norma, es decir, este término ni siquiera es para todas las que están expresamente consagradas en el artículo mencionado, expresamente se señala en el numeral segundo del artículo 43 de la ley 1952 de 2019.

Por lo anterior, en concepto de esta Dirección Jurídica y recogiendo un poco los argumentos ya citados con antelación, está prohibido que un concejal acepte un cargo público dentro de los seis meses siguientes a la aceptación de su renuncia, en otras palabras, esta prohibición se extiende por seis meses más después de la desvinculación del cargo, cuando la separación se da en virtud de una renuncia. Ahora, si el concejal se separa del cargo por la terminación del periodo legal, podrá aceptar un nuevo cargo público de cualquier nivel de manera inmediata, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley establece para ello, toda vez que la incompatibilidad consagradas en el numeral segundo del artículo 43 de la ley 1952 de 1994, que se extienden hasta por doce meses más después de la separación de cargo, no contemplan la prohibición de aceptar un cargo público.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Merchan

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortés

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 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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:20:38