



Función Pública

Concepto 82791 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000082791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000082791

Fecha: 22-03-2019 05:28 pm

Bogotá D.C.

Referencia. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - CONCEJAL. Radicado.20199000053842 de fecha 13 de febrero de 2019.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta ¿si un Concejal en el año 2019 que pertenece a la mesa directiva y sea ordenador del gasto puede aspirar a ser reelegido concejal? Así mismo si un Concejal puede ejercer actos de comercio según el art 15 del Código de Comercio y cuáles serían las sanciones por no poder hacerlo.

De otro lado si en un proceso de restablecimiento de derecho de un menor, cuando este es entregado en custodia provisional a una familia, la familia de origen debe continuar con los gastos de manutención.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política señala:

"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. <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

A su vez, la Carta Política establece:

"ARTÍCULO 179.

(...)

8. 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 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece:

"ARTICULO 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."

Es importante tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, "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", expresa:

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

(...)

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 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."

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

"(...)"

"5o. 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."

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

"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."

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 *ibidem* 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 concejales que consagra el numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 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 Concejo.

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 inhabilidad 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 inhabilidad establecidas en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 40 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 nuevamente concejal, no requiere renunciar al cargo de concejal, aun cuando presida la Corporación, por cuanto, se reitera, no tiene la calidad de empleado público; siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo.

Por consiguiente, 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.

De otra parte, es preciso señalar que el artículo 43 de la Ley [1952](#) de 2019¹, incorpora nuevas incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos en los siguientes términos:

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

1. 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.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta incompatibilidad se extiende desde el momento de su vinculación y hasta doce meses después del retiro del servicio.

3. Para todo servidor público, contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales”

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, 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.

Ahora bien, como quiera que la mencionada norma ha sido objeto de diferentes interpretaciones, esta Dirección Jurídica ha considerado procedente solicitar autorización a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, con el fin de elevar la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Así las cosas, le indico que este Departamento se encuentra adelantando las gestiones pertinentes con el fin de contar con la autorización de la Secretaría Presidencia de la República, para elevar la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En el caso de obtener la autorización respectiva, se consultará al Consejo de Estado respecto del alcance de la mencionada norma y la respuesta de la Alta Corporación será dada a conocer por los diferentes medios con que cuenta la Función Pública.

II- En cuanto si un concejal puede ejercer actos de comercio de conformidad con el art. 15 del Código de Comercio, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de las incompatibilidades de los concejales municipales, la Ley 136 de 1994 señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. *<Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>*

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. *<Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> 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.”*

De acuerdo con la norma, existe prohibición legal para que un concejal celebre contratos o realice 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, adicionalmente, el concejal no podrá ser miembro de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

Por otra parte, la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, frente al particular señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 39. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. 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 cuando esté legalmente terminado el período:

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.”

De conformidad con las disposiciones citadas, al concejal le está prohibido durante el período para el cual fue elegido 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 o actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Ahora bien, una vez adelantada una revisión a las normas que señalan las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los concejales en su calidad de servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que no existe impedimento, para que un concejal de un municipio pueda vincularse con una entidad privada del mismo municipio, siempre y cuando sus funciones no las realice en horas en que sesiona el concejo, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como servidor público.

En consecuencia, se colige que no existe incompatibilidad alguna para que un concejal sea vicepresidente de una entidad del sector privado, siempre que se cumplan con los criterios que han sido desarrollados en el presente concepto, como el de no suscribir directa o indirectamente contratos con entidades públicas o con organismos que administren recursos públicos.

III_ En atención al tercer interrogante de su escrito, referente a establecer si en un proceso de restablecimiento de derecho de un menor, cuando este es entregado en custodia provisional a una familia, la familia de origen debe continuar con los gastos de manutención, me permito manifestarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo 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 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.

Por lo tanto, este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse en el tema objeto de consulta y, por lo tanto, podrá dirigirse al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de obtener un pronunciamiento sobre el particular.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Manuel Cruz/JFCA / GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *“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: 2024-09-30 13:55:51