



Función Pública

Concepto 064741 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000064741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000064741

Fecha: 20/02/2020 12:43:27 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco. Alcalde. Concejal. Radicado: 20209000019692 del 15 de enero de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, nos permitimos dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, así:

1. ¿Un alcalde puede nombrar como jefe de la oficina jurídica al cuñado de un concejal?

La Ley [617](#) del 6 de octubre de 2000¹, establece:

«ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-903-08](#) de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo [292](#) de la Constitución Política.' > Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus

entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

<Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-029-09** de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, ... en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo». (Subrayado de la Corporación) (Negrita nuestra)

Tal como se establece, la inhabilidad en razón de parentesco se predica de los cónyuges o compañeros permanentes, parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil del alcalde para ser designados funcionarios del respectivo municipio, o de sus entidades descentralizadas, dada su competencia nominadora. No obstante, lo anterior, y dado que la misma prohibición también es aplicable a los parientes de los concejales para ser nombrados como empleados en el mismo municipio.

Por lo anterior, el cuñado² de un concejal, segundo grado de afinidad, se encuentra inhabilitado para vincularse como empleado público del municipio, independientemente que la función nominadora sea del alcalde.

2. ¿En qué prohibición incurre un alcalde que se posesiona ante un notario antes de iniciar su periodo constitucional sin dejar constancia en el acta de que su efecto legal es a partir del 1 de enero?

El artículo **122** de la Constitución Política de Colombia, señala:

«(...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...)»

En relación con la posesión, el Consejo de Estado en sentencia de fecha agosto 3 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Joaquín Barreto Ruiz, Radicación número 4914: expresó:

«La posesión no es un acto jurídico, sino el hecho de asumir unas funciones de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley, y una de las consecuencias del nombramiento, el cual, obviamente, permanece con vigor jurídico hasta cuando sea suspendido o anulado por esta jurisdicción o revocado, sustituido o declarado insubsistente o cuando pierda fuerza ejecutoria.»

La Sección Quinta de la misma Corporación, mediante sentencia del 9 de marzo de 2000, al analizar la naturaleza jurídica del acta de posesión, estimó que no es un acto administrativo sino que es un simple acto formal:

«El acta de posesión demandada no es un acto administrativo strictu sensu, sino un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo público. La posesión de un empleo público no es por lo mismo un elemento fundamental para probar el ejercicio de un cargo, por cuanto es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone, de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo.

El acta donde consta, no es un acto administrativo, sino que es un documento que prueba la existencia de una diligencia en la cual el funcionario se comprometió a cumplir fielmente sus funciones.»

El tratadista Diego Younes Moreno, en su libro de Derecho Administrativo Laboral, define la posesión como una formalidad de linaje constitucional que tiene por objeto comprometer el ejercicio de la función pública por parte de los empleados públicos, dentro de los marcos de la Constitución y de la ley.

En este entendido, el artículo 314 Superior, consagra:

«ARTICULO 314. <Artículo modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 2 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente. (...)

Adicional a lo anterior, el Acto Legislativo No. 02 de 2002³ sobre la posesión de un alcalde en día festivo, como el 1° de enero, afirma que:

«ARTÍCULO 7. La Constitución Política tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

Artículo transitorio. Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus períodos entre la vigencia del presente Acto Legislativo y el 31 de diciembre del año 2003, ejercerán sus funciones por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007.

Todos los gobernadores y alcaldes elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000 y antes de la vigencia del presente acto legislativo, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007.

En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán Alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1o. de enero del año 2008.

El período de cuatro años de los miembros de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Ediles se iniciará el 1o. de enero del año 2004».

De lo anotado puede inferirse que el periodo del alcalde, inicia el 1º de enero del primer año de período y debe culminar el 31 de diciembre del cuarto año de período.

Por su parte, el artículo 94 de la Ley 136 de 1994⁴ se precisa que: «los alcaldes tomarán posesión del cargo ante el juez o Notaría Pública⁵, y presentarán juramento en los siguientes términos: "Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución, las leyes de Colombia, las ordenanzas y los acuerdos. (...)».

En consecuencia, la posesión entendida como un simple acto formal como forma de compromiso con los deberes y obligaciones que le impone el

cargo. Así, para el caso de los alcaldes resulta procedente que el mismo tome posesión ante el notario e inicie el 1 de enero, así en el acta de posesión no se hubiera dejado establecido esta fecha, ya que este periodo es institucional y no personal.

3. ¿Hay inhabilidad por parte de un ex concejal que presenta renuncia 3 meses antes de las elecciones para ser alcalde?

La Constitución Política de Colombia, establece:

«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, 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, 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».

Es importante tener en cuenta que la Ley 617 de 2000⁶, sobre las inhabilidades para ser alcalde, expresa:

«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».

«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 número 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, afirma:

«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 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 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 del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no hace referencia a los concejales sino a los servidores que son empleados públicos.

En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, como el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa, en criterio de esta Dirección Jurídica el concejal que finalizó su periodo el 31 de diciembre de 2019 puede posesionarse como alcalde del mismo municipio, el 1 de enero de 2020, sin incurrir en algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad.

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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. 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»

2. El artículo 47 del Código Civil Colombiano define la afinidad legítima como: «(...) la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer».

3. «Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles»

4. «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

5. Negrita nuestra

6. «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»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:35