



Concepto 154071 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000154071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000154071

Fecha: 22/04/2022 06:08:41 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad sobreviniente. Radicado: 20222060120022 del 11 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

“Actualmente me desempeño como secretario de Planeación e infraestructura, me gustaría conocer y tener claro:

1. Los tiempos en los que me debo retirar del cargo en el municipio para no quedar inhabilitado y poder ser candidato en las elecciones de la alcaldía en el 2023.
2. Si me retiro del cargo y el municipio ¿cuánto tiempo antes de las inscripciones o de las elecciones debo de aislarme del sector público?
3. En caso de un contratista ¿cuáles son los tiempos o aplican los mismos del servidor?
4. En caso de que un familiar (primo, tío, o hermano) se vincule o se encuentre vinculado con la entidad, ¿cuánto es el tiempo, y/o hasta qué grado pueden estar trabajando en la entidad sin que afecte ello mi candidatura?”

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Inicialmente, es preciso indicar que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011 con relación 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).

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones

públicas. Es decir, son taxativas, tienen un carácter prohibitivo y están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley. Además, su interpretación es restrictiva por lo que no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En este entendido, la respuesta a sus interrogantes se referirá a los siguientes temas: (i) Inhabilidad de secretario de despacho para ser alcalde, (ii) Prohibición a los servidores públicos de participar en política, (iii) Inhabilidad de contratista para ser alcalde y, (iv) Inhabilidad sobreviniente a parientes de alcalde y (v) Alcance del conflicto de interés.

Inhabilidad de secretario de despacho para ser alcalde

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», establece:

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.

(...)

En este orden de ideas, para la inhabilidad en comento es necesario analizar dos aspectos: en primer lugar, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y en segundo lugar que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito.

Ahora bien, los conceptos de ejercicio de autoridad se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994 de la siguiente manera:

ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

(Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, un secretario de despacho ejerce autoridad administrativa y política en el nivel municipal o departamental, según sea el caso.

Prohibición a los servidores públicos de participar en política

El artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2004, prescribe:

(...) A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta. (...)

A su vez, la Ley 996 de 2005, «Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones», el artículo 38, establece:

A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

El artículo 40 de la misma Ley 996, prevé: Sanciones. Incumplir con las disposiciones consagradas en este capítulo, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho.

Adicionalmente, el artículo 60 de la Ley 1952 de 2019³ sobre las faltas relacionadas con la intervención en política, precisa: 1. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley y 2. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

La Ley 599 de 2000, Código Penal, en el artículo 422, considera como típica del delito Intervención en política la conducta de: El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Teniendo en cuenta el marco legal descrito, a los empleados del Estado les está prohibido utilizar el cargo para participar en las actividades de

los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley, así como utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

Inhabilidad de contratista para ser alcalde

La Ley 617 de 2000, respecto de las inhabilidades para ser alcalde cuando se tiene la calidad de contratista, dispone:

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:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien, dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

(...).

Sobre este punto, es importante tener clara la diferencia entre celebración y suscripción descrita por el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicado núm. 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, en la cual refiere:

En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución⁴. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal⁵.

(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su

ejecución. En consecuencia, la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad, relacionada con la celebración de contratos, es el momento de su suscripción y no su ejecución.

Inhabilidad sobreviniente a parientes de alcalde

La misma Ley 617 de 2000 relativa a las inhabilidades para ser alcalde en razón a sus parientes

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:

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

(...)

Conforme al artículo transcrito, se advierte que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

Por consiguiente, para establecer si se configura esta causal de inhabilidad, deben concurrir tres aspectos: en primer lugar, el vínculo por parentesco; como segundo punto, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y en tercer lugar que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Frente al vínculo por parentesco, la inhabilidad es extensiva a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos nietos, hermanos), segundo de afinidad (suegro, nuera, yerno, cuñado) primero civil (hijo adoptivo, padre adoptante). Por lo tanto, la inhabilidad es excluyente para su tío y su primo, pero no para su hermano, por tanto, a continuación, analizaremos el ejercicio de autoridad dispuesto en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994⁶ previamente citados.

El ejercicio de autoridad se encuentra ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política como, por ejemplo, los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos, entre otros. El otro aspecto, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Alcance del conflicto de interés

El artículo 44 de la Ley 1952 de 2019, estipula:

ARTICULO 44. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

La determinación de un conflicto de interés debe analizar la configuración de un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente a asuntos sobre los que tiene competencia y votación.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011⁷ establece en su artículo 11 las causales por las cuales se configura un conflicto de interés y puede declararse impedido o ser recusado. Una de estas o, la más común, hace referencia al interés particular y directo en la actuación. En este caso, el artículo 12 de la misma ley fija el trámite para declararse impedido, el cual si es aceptado puede designarse a un funcionario ad hoc para que resuelva la controversia.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Los tiempos en los que me debo retirar del cargo en el municipio para no quedar inhabilitado y poder ser candidato en las elecciones de la alcaldía en el 2023.

R/ La persona que ejerce como secretario de despacho, ejerce autoridad administrativa conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, por tal motivo para no inhabilitar su candidatura como alcalde debe presentar renuncia a su cargo antes de los 12 meses antes de la fecha de las elecciones a la alcaldía.

2. Si me retiro del cargo y el municipio ¿cuánto tiempo antes de las inscripciones o de las elecciones debo de aislarme del sector público?

R/ Si después de renunciar a su cargo como secretario de despacho, se vincula en un cargo que no ejerce autoridad en el municipio donde pretende ser alcalde, en su calidad de empleado público debe presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción suya como candidato a la alcaldía, toda vez que no podría participar en política, de acuerdo con las disposiciones existentes en materia de prohibición, participación o intervención en política por parte de los servidores públicos.

3. En caso de un contratista ¿cuáles son los tiempos o aplican los mismos del servidor?

R/ Para el caso del contratista que quiere ser candidato a la alcaldía se precisa que lo que constituye causal de inhabilitación es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, de haber celebrado el contrato dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elecciones, se configura la inhabilitación para ser alcalde caso en el cual, debe ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo.

De no configurarse inhabilitación alguna y, de ser elegido como alcalde, debe iniciar las gestiones pertinentes para ceder o renunciar al contrato, antes de su posesión como mandatario municipal, toda vez que, la intervención de cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública, es causal de incompatibilidad, sancionada por la ley disciplinaria.

4. En caso que un familiar (primo, tío, o hermano) se vincule o se encuentre vinculado con la entidad, ¿cuánto es el tiempo, y/o hasta qué grado pueden estar trabajando en la entidad sin que afecte ello mi candidatura?

R/ Para el caso de su primo o tío por ser parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad no lo inhabilitan para sus aspiraciones a la alcaldía, aun cuando ejerzan cargos con autoridad en el municipio, por cuanto la inhabilitación sólo es extensiva a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

Respecto a la relación de parentesco con su hermano, le corresponde como interesado analizar si el cargo en el cual se encuentra vinculado ejerce autoridad, es decir que en ejercicio de sus funciones deba celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta. O si, además, le corresponde intervenir como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio; o poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados y las personas jurídicas y naturales vinculadas en el municipio inhabilitará su postulación. De ser así, su hermano debe renunciar 12 meses antes de las elecciones a fin de no inhabilitar su candidatura como alcalde.

Finalmente, en el caso de ser elegido como alcalde, y al tener facultad nominadora, en razón a que tío, primo y hermano son parientes hasta cuarto grado de consanguinidad debe declararse impedido para conocer o participar en las decisiones laborales, administrativas o disciplinarias que se originen en el vínculo laboral de sus parientes a fin de evitar configurar un posible conflicto de interés.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

¹Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

²Sentencia proferida dentro del Expediente núm. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

³«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».

⁴Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

⁵Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

⁶«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

⁷«Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:29:44