



Función Pública

## Concepto 083891 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000083891\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000083891

Fecha: 27/02/2023 11:23:07 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Cargos de elección popular RADICACIÓN: 20239000057722 Del 28 de enero de 2023.

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

*"1-Si un concejal Pertenece a la mesa directiva del año 2022 (presidente) y aspira como candidato a las Elecciones locales que se llevarán a cabo en el mes de octubre del año 2023, para el cargo de alcalde distrital, se le presentara alguna Inhabilidad por haber pertenecido a la mesa directiva en el año 2022"*

*2-Si un concejal de juventud por una localidad de la ciudad de Cartagena de indias, electo en el periodo 2022, desea aspirar como candidato a, la junta administradora local por esa misma localidad a las elecciones locales que se llevara a cabo en el mes de octubre del año 20223, se le presentara alguna inhabilidad por pertenecer a esa corporación ser electo y/ o en su defecto cuando debió renunciar a ese cargo para poder aspirar.*

*3-Si un ciudadano aspira como candidato a la junta administradora local de la ciudad de Cartagena de indias para las elecciones locales que se llevara a cabo en el mes de octubre del año 20223, se le presentara alguna inhabilidad si a su padre lo nombran en el mes de febrero de 2023 en el cargo de director Operativo código 009, asignado a la dirección de seguridad y convivencia ciudadana de la secretaria del interior y asuntos gubernamentales de la gobernación de bolívar"*

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, precisar que, las inhabilidades es importante señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional: *"las inhabilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública o circunstancias fácticas previstas en el ordenamiento jurídico que impiden que una persona tenga acceso a un cargo público o permanezca en él. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento o cargo anterior del aspirante no afectará el desempeño de las funciones públicas que pretende ejercer.*

*Las inhabilidades tienen como como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante "para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño"*

En virtud de lo anterior, las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el legislador en la Constitución y en la Ley que impiden ejercer funciones públicas con el fin de evitar un menos cabo o cualquier afectación al interés general.

En cuanto a las incompatibilidades, señala la Corte Constitucional lo siguiente: *“las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional transcrita, las incompatibilidades son situaciones donde el servidor se vea impedido para ejercer funciones públicas, al considerarse que por la ejecución de las mismas se vea afectado el interés superior.

En virtud de lo anterior, para efectos de dar repuesta a su primer interrogante el artículo 123 de la Constitución Política dispuso que;

*“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.*

*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”*

Sobre el particular, 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 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)*

En este orden de ideas, debe entenderse que los Concejales, si bien son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados públicos; por lo que, no es procedente aplicar el régimen de inhabilidades para aspirar a la alcaldía en cabeza de los empleados públicos.

Aunando a lo anterior, se permite precisar esta Dirección Jurídica que; el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, dispone:

*“ARTICULO 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:*

*1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

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.

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.

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.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección."

En virtud de lo anterior, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado gobernador, alcalde municipal o distrital o concejal 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 departamento o municipio, respectivamente, 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 departamento o municipio.

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica la persona que ejerce el cargo de presidente del concejo o concejal no se encuentra inhabilitada para aspirar al cargo de alcalde por cuanto no goza de la calidad de empleado público, requisito necesario para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95 de la ley 136 de 1994.

Respecto a los demás supuestos contemplados por el artículo 95 no se evidencia relación alguna con el ejercicio como presidente el concejo o concejal por lo que no se estaría inmerso en ninguna de las prohibiciones contempladas por la norma.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, teniendo en cuenta lo establecido en la ley en cuanto a que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, y lo expuesto por el Consejo de Estado, en el sentido de que el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa, en criterio de esta Dirección Jurídica, un concejal de un municipio que aspire a ser elegido alcalde del mismo ente territorial o de otro, podrá hacerlo sin incurrir en inhabilidad. Es decir, siempre que los períodos no coincidan en el tiempo, no requiere renunciar a su cargo de concejal, por cuanto, se reitera, los concejales no tienen la calidad de empleados públicos. Ahora bien, respecto a su segundo interrogante la Ley 136 de 1994 dispone sobre las inhabilidades para ser elegido miembro de Junta Administradora Local lo siguiente:

*"ARTÍCULO 124.- Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:*

1. *Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.*

2. *Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y*

3. *Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de la Juntas y consejos directivos de las entidades públicas."*

En virtud de la norma citada, no podrán ser elegidos como miembros de una Junta Administradora Local quienes; i) hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos, ii) quienes hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público, iii) quienes sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular,

servidores públicos o miembros de la Juntas y consejos directivos de las entidades públicas.

Ahora bien, por su parte el Decreto 1421 de 1993 dispone:

*“ARTICULO 66. INHABILIDADES. No podrán ser elegidos ediles quienes:*

- 1. Hayan sido condenados a pena privativa de libertad, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.*
- 2. Hayan sido sancionados con la pena de destitución de un cargo público, o se encuentren, temporal o definitivamente, excluidos del ejercicio de una profesión en el momento de la inscripción de su candidatura.*
- 3. Hayan perdido la investidura de miembros de una corporación de elección popular.*
- 4. Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito; hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo públicos de cualquier nivel, y*
- 5. Sean cónyuges, compañeros o Compañeras permanentes o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o primero de afinidad o civil, de los concejales o de los funcionarios distritales que ejerzan autoridad política o civil.” (Subrayado nuestro)*

Con base en la normativa citada y para efectos de dar respuesta a su consulta el interesado en aspirar a las Juntas Administradoras Locales no podrá dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, haber desempeñado algún empleo público, no obstante, en criterio de esta Dirección Jurídica la persona que ejerce el cargo de concejal no se encuentra inhabilitada para aspirar a miembros de Junta Administradora Local por cuanto no goza de la calidad de empleado público, como ya se dijo.

Ahora, respecto a su tercer interrogante, el literal 5 del artículo 66 del Decreto 1421 de 1993 arriba transcrito determina que quienes tengan parientes hasta dentro del segundo grado de consanguinidad con funcionarios distritales que ejercen autoridad política o civil no podrán ser elegidos para el cargo de edil.

Respecto de los grados de parentesco tenemos que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer y que podemos resumir así para efectos de la consulta:

Primer grado de consanguinidad: padres e hijos.

Segundo grado de consanguinidad: abuelos, nietos y hermanos.

En este orden de ideas, como quiera que se trata de un pariente ubicado dentro del primer grado de consanguinidad le corresponde revisar si dentro de sus funciones se encuentran aquellas que denotan este tipo de autoridad.

En virtud de lo anterior, se hace necesario realizar el análisis sobre dos aspectos, en primer lugar, si en el desempeño de su empleo ejerce jurisdicción o autoridad política y en segundo lugar si este ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio.

Ahora, la Ley 136 de 1994 se encarga de definir los conceptos de autoridad civil, política, 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.*

En este sentido, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación número: 2355 Consejero Ponente: Édgar González López manifestó:

*“de acuerdo con el artículo 189, la autoridad política se define a través de un criterio orgánico que, a su vez, está determinado por el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno municipal, como el del alcalde, los secretarios y los jefes de departamentos administrativos, y el de las personas que ejercen temporalmente estos cargos.*

*Así las cosas, una aplicación de este criterio a los cargos de nivel nacional, permite concluir que poseen autoridad administrativa en Colombia todos los funcionarios que hacen parte del Gobierno Nacional, como el Presidente de la República, sus ministros, jefes de departamentos administrativos, entre otros, y las personas que asumen temporalmente estos cargos.*

*las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden.”* (Subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, se deberá realizar un análisis propio de las funciones del cargo que desempeña el padre de quien pretende presentar su aspiración, para efectos de verificar si ejerce o no autoridad civil o política y si en consecuencia tiene incidencia dentro del territorio donde se pretende elegir como miembros de Junta Administradora Local, en caso de que la respuesta sea positiva, se encuentra impedimento para su aspiración.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:27*