



# Concepto 238061 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000238061\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000238061

Fecha: 14/06/2023 04:33:24 p.m.

Bogotá, D.C.

REFERENCIA: Tema: Inhabilidades e incompatibilidades Subtema: Inhabilidades para aspirar al cargo de alcalde municipal RADICACIÓN: 20232060268312 del 8 de mayo de 2023

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre las inhabilidades para aspirar a alcalde, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 617 de 2000<sup>1</sup> indica:

*"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:*

*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.*

*Nota: (Subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2018)*

*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.*

*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.*

*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.

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

*(Ver Fallo del Consejo de Estado 2813 de 2002)*

Nota: (Declarado Exequible por la Corte Constitucional en Sentencia [C- 952](#) de 2001, Declarado Exequible por la corte Constitucional es Sentencia [C- 837](#) de 2001)" (Resaltado por fuera del texto original)

De la norma anterior se precisa que no podrá ser alcalde municipal o distrital quien se encuentre en segundo grado de consanguinidad 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 distrito.

Así mismo, vale la pena analizar la inhabilidad prevista en el numeral segundo del artículo 95 de la Ley 617 de 2000 a la luz de los conceptos de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y, en segundo lugar, que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio para el caso de la elección del alcalde.

Los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa 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 una 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 POLITICA: 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. DIRECCION 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."* (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

Con relación al tema, el Consejo de Estado en concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, Consejero Ponente Dr. Gustavo Aponte Santos, respecto al concepto de Autoridad Civil, Política, Administrativa o Militar, señaló lo siguiente:

*"¿Qué se debe entender por ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar?"*

La jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, al explicar el concepto de autoridad, en la providencia del 29 de abril de 20054, señaló que ésta se ha entendido como "el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones."(5)

(...)

El concepto de autoridad civil ha sido expuesto por esta Corporación en varias oportunidades. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha entendido que, en principio, autoridad civil es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad (7).

Y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha sostenido que la autoridad civil es un concepto genérico de autoridad dentro del cual queda comprendido el de autoridad administrativa como especie, según se desprende de los siguientes planteamientos:

La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9). (Negrilla fuera del texto).

(...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...) "De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 30, numeral 5, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo".

A partir de las precisiones jurisprudenciales, resulta claro, que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente en razón de las funciones asignadas a cada funcionario en la ley, el reglamento o los manuales, la jerarquía del cargo que ocupa dentro de la estructura de la administración, su grado de autonomía y poder de mando sobre la sociedad. No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla en razón de las funciones asignadas."

Ahora bien, de las disposiciones citadas es posible inferir, en principio, que un contador que ostenta un empleo público en propiedad no ejerce ningún tipo de autoridad. Sin embargo y, dado que las funciones del cargo no fueron anexadas y sólo se menciona que el empleo es de contador, le corresponde al interesado analizar si, a la luz de las mismas, el contador ejerce algún tipo de autoridad en el respectivo municipio. Así mismo, vale la pena resaltar que, de acuerdo con el artículo 35 y siguientes del Código Civil, hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad.

Ahora bien, dados los supuestos de su consulta, es preciso indicar que las inhabilidades son restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, son

taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

En particular, respecto de las inhabilidades para nombrar como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes de los empleados públicos, el Artículo 126 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que:

*"Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.*

*Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.*

*Se exceptúan de lo previsto en este Artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos..."*

De conformidad con la norma constitucional citada, se deduce que la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales estén ligados por matrimonio o unión permanente o tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Por su parte, el inciso 1° del Artículo 49 de la Ley 617 de 2000<sup>4</sup>, señala que los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil no podrán ser designados empleados de la correspondiente entidad territorial o de sus entidades descentralizadas.

Ahora bien, frente al particular es importante traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, que respecto de los alcances de la prohibición para la designación de los parientes de los servidores públicos de elección popular en las entidades territoriales señaló lo siguiente:

*"Como la conducta prohibida es la de "nombrar", debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.*

*Si bien el Artículo 6° de la ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente - a la entidad a la cual presta servicios - que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.*

*Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora. (Resaltado nuestro)*

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el Artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.

(...)

Ahora bien, en relación con los funcionarios territoriales, la ley 617 de 2000 en el inciso 2 del Artículo 49 desarrolla la prohibición referida, al establecer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, que reitera la prohibición constitucional sobre la materia.

(...)

El empleado vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión en un cargo de elección popular de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y en la Ley, no está inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, por no estar consagrada expresamente en la Ley dicha situación como causal de inhabilidad sobreviniente” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo a la anterior jurisprudencia, la conducta prohibida es la de “nombrar”, y dicha prohibición debe entenderse en el sentido que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance diferente al que le da la norma constitucional.

Para el caso objeto de consulta y, de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un empleado público, al estar vinculado con anterioridad a que su hermano se poseione como alcalde del mismo municipio, no estaría inhabilitado para continuar desempeñando el cargo en dicha entidad, en razón a que como lo expresa el Consejo de Estado, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

No obstante, en virtud del Artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y teniendo en cuenta que el hermano del servidor público puede llegar a ser alcalde, esta Dirección Jurídica considera que dicho servidor no podrán ser objeto de ninguna designación a nuevos cargos en el mismo municipio o en sus entidades descentralizadas mientras su pariente ejerza como alcalde, salvo que se trate de dar aplicación a normas de carrera administrativa.

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.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Borja

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

<sup>1</sup>"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: 2024-12-11 18:28:17