



## Concepto 137471 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000137471\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000137471

Fecha: 02/05/2019 04:13:09 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde hermano congresista. Contratista concejal. RAD. 20192060103792 del 20 de marzo de 2019. Traslado CNE-3031-19.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Consejo Nacional Electoral mediante oficio CNE- AJ-0861-2019, en la cual consulta si deviene causal de inhabilidad por el hecho de que el hermano de un Representante a la Cámara en ejercicio se postule como candidato a la alcaldía de un municipio del mismo departamento, ya sea siendo avalado por el mismo partido o por otro, pudiendo el Representante hacer campaña por su hermano; igualmente si una persona que es representante legal de una asociación sin ánimo de lucro que firmó contrataciones de suministros con recursos públicos provenientes del Ministerio de Agricultura, Secretaria de Fomento de Boyacá y recursos de alcaldía municipal, y que su última contratación la realizó en el mes de diciembre de 2018, puede inscribirse como candidato al concejo, me permito informarle lo siguiente:

1.- Respecto a la posibilidad de que una persona se postule como candidato a la alcaldía de un municipio debido a que su pariente ejerce como Representante a la Cámara, me permito señalar:

La Ley 136 de 1994<sup>1</sup> dispone:

*“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. (Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000). 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 en cita, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vinculo de matrimonio o

unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos), primero de afinidad (suegra, yerno y nuera) 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; 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

En ese orden de ideas, para el análisis de la inhabilidad que acá se cuestiona deberán estudiarse dos aspectos: primero, el parentesco en los grados señalados en la norma; y segundo, el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa como funcionario público del pariente del aspirante en el respectivo departamento.

Cabe recordar que conforme al artículo 35 y siguientes del Código Civil el parentesco entre hermanos es en segundo grado de consanguinidad.

Ahora bien, con el fin de determinar si quien ocupa el cargo de Congresista puede considerarse un funcionario con autoridad, se hace necesario establecer en primer lugar la naturaleza de esa dignidad, y en segundo punto, las funciones que desarrolla.

Frente al primer aspecto, debe precisarse que los Congresistas tienen la calidad de servidores públicos en tanto son miembros de una Corporación pública. El artículo 123 de 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.*

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

De conformidad con lo establecido en el Artículo 114 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

Igualmente, la Constitución Política en las siguientes disposiciones dispone:

*“ARTICULO 133. Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.*

*El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.”*

*“ARTICULO 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.*

*En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación*

democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

(...):”

Así las cosas, los congresistas son servidores públicos como miembros de una Corporación Pública de elección popular, y en este sentido no tienen la calidad funcionario o empleados públicos.

El Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante sentencia del 10 de mayo de 2007, Expediente N° 730012331000200600419-01, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón puntualizó:

*“En el artículo 260 de la Constitución aparecen claramente mencionados las autoridades que son elegidas por voto directo del pueblo, siendo ellos el “Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la asamblea constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”. Es decir, por definición expresa del propio constituyente solamente a las anteriores dignidades se puede acceder por el voto directo de los ciudadanos, las cuales vienen caracterizadas porque algunas de ellas son uninominales, como en el caso del Presidente, Gobernadores y Alcaldes, en tanto que en las demás el proceso de elección se surte con el propósito de escoger los integrantes de cuerpos colegiados, como así ocurre frente a los Congresistas, diputados, concejales y ediles.*

*La idea de que solamente como cargos de elección popular pueden tomarse aquellos desempeñados por servidores denominados empleados públicos, riñe con la naturaleza misma del acto administrativo por medio del cual se llega a la administración por la ruta democrática, puesto que el empleado público se caracteriza, primordialmente, porque su contacto con la administración está precedida de una relación legal y reglamentaria, de modo que es necesario que anteladamente se haya proferido a su favor un acto de nombramiento, luego formalizado con la respectiva posesión.*

*Por tanto, los cargos de elección popular no pueden interpretarse bajo la lógica de la naturaleza jurídica de los empleados públicos, entre otras razones porque su ligamen con la administración no es el fruto de una voluntad unilateral, como ocurre con los actos de nombramiento, sino que es la resultante de una voluntad mayoritaria expresada a través de un certamen democrático.*

(...)

*Siendo consecuentes con lo discurrido, encuentra la Sala que el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento del Tolima no es de recibo y que la expresión Cargos de Elección Popular no puede asimilarse a la de Empleados Públicos, puesto que dentro de los primeros están comprendidos todos los cargos o autoridades citados en el artículo 260 Constitucional, como son el Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de juntas administradoras locales y miembros de la asamblea constituyente cuando decida integrarse. (...)*

Por consiguiente, el hermano de un Representante a la Cámara no se encuentra inhabilitado para inscribirse como candidato a la alcaldía, teniendo en cuenta que la inhabilidad del numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se circunscribe a la persona cuyo pariente en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, haya ejercido como funcionario; y los Congresistas son servidores públicos como miembros de una Corporación Pública de elección popular.

En lo que respecta a si tiene incidencia la inscripción por el mismo partido u otro distinto y en consecuencia si el Representante a la Cámara puede hacer campaña por su hermano, me permito señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>2</sup>, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde pronunciarse sobre temas de avales de partidos políticos; en este sentido su consulta será remitida al Ministerio del Interior para que procedan sobre lo pertinente.

2.- Frente a si el representante legal de una Asociación sin ánimo de lucro que contrato con el Estado en el mes de diciembre de 2018 se encuentra inhabilitado para postularse al concejo, me permito señalar que esta Dirección Jurídica, mediante concepto No. 20186000318331 del 11 de diciembre de 2018, dio respuesta a petición similar mediante la cual se concluyó:

*“Por consiguiente, para que haya lugar a la inhabilidad relacionada con la intervención en la celebración de contratos se requiere:*

- 1. Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel*
- 2. Dentro del año anterior a la fecha de la elección.*
- 3. En interés propio o de terceros.*
- 4. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato al concejo.*

*De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica estará inhabilitado para ser concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, independientemente del tiempo que se tarde en su ejecución.*

*Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, el interesado deberá tener en cuenta que la fecha de la celebración del contrato no sea dentro del año anterior a la elección, con entidades públicas de cualquier nivel, en interés propio o de terceros, y que el mismo no haya debido ejecutarse o cumplirse, así fuere en parte, en el respectivo municipio o distrito en donde pretende ser elegido.*

*Si el contratista celebró el contrato dentro del año anterior a la elección se encontrará inhabilitado. Si se celebró antes del año que precede la elección, la inhabilidad estudiada no se configuraría.”*

Por consiguiente, incurrirá en la inhabilidad dispuesta en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido 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 o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, independientemente del tiempo que se tarde en su ejecución.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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: Daniela Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
2. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:07:35