



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 098311**

**Fecha: 08/03/2023**

Bogotá, D.C.

**REFERENCIA: Tema:** Inhabilidades e incompatibilidades **Subtema:** Inhabilidades para aspirar a cargos de elección popular **RADICACIÓN: 20232060064842** del 31 de enero de 2023

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre las posibles inhabilidades del hermano de un gobernador suspendido para aspirar a alcalde y diputado, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de las inhabilidades para ser elegido diputado, la Ley 2200 de 2022<sup>1</sup> puntualiza:

**“ARTÍCULO 49.-** *De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:*

- 1. Quien haya sido condenado 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. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.*
- 3. 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 quien, como*

*empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.*

4. *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.*
5. *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 doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; 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 departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.”*

En ese sentido, de la normatividad referida se desprende claramente que, si un empleado público ha ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en un municipio y desea aspirar al cargo de gobernador, diputado, alcalde o concejal del respectivo territorio, debe retirarse del cargo al menos con doce (12) meses de anterioridad a la respectiva elección para no incurrir en una violación al régimen de inhabilidades.

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 territorio.

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.”

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.”*

De acuerdo con lo anterior, para determinar si un empleado público que aspira a ser elegido en un cargo de elección popular como lo puede ser el de alcalde o concejal, ejerce autoridad administrativa o civil en el municipio donde tiene sus aspiraciones políticas, se hace necesario acudir a las funciones asignadas al cargo respectivo, con el propósito de analizar a la luz de las mismas si ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados en el respectivo municipio.

Es importe tener en cuenta que, frente al tema de la circunscripción territorial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia con Rad. No. 11001-03-15- 000-2010-01055-00 del 15 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, indicó que la circunscripción se refiere a la división de un territorio para efectos de concretar derechos, adelantar funciones y competencias.

Ahora bien, las disposiciones anteriormente referidas sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del orden municipal aplican igualmente para quienes aspiren a cargos de elección popular del orden departamental, situación sobre la que la Sección Quita del Consejo de Estado, mediante Sentencia 00800 del 20 de febrero de 2009, consejera ponente Susana Buitrago Valencia, señaló:

*“Con el propósito de refutar lo dicho por la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala aclara que si bien los criterios de autoridad política y administrativa, previstos en los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994, están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que esa circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del orden departamental, como quiera que el legislador no los define en relación con dicho nivel seccional, situación que permite acudir al Estatuto Municipal a título de referente conceptual. Al respecto, en reciente fallo esta Sección se pronunció en el siguiente sentido:*

(...)

*“Aunque el legislador no se ha ocupado de identificar en el orden departamental qué funcionarios ejercen autoridad civil, política o administrativa, como tampoco qué ha de entenderse por ella, por conducto de la analogía prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, es factible acudir a las acepciones dadas sobre tales temas por la Ley 136 de 1994 para el nivel local.”<sup>12</sup>*

*Igualmente ha sostenido:*

*“En torno a los conceptos de autoridad civil o administrativa los únicos referentes legislativos se hallan en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, que pese a ser el precepto “Por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (Resalta la Sala), por analogía legis pueden ser empleados para tener una aproximación a lo que por dichos conceptos ha de entenderse en el plano departamental.”<sup>13</sup>*

*Pero no ha sido solamente la Sección Quinta la que ha mantenido esa posición integradora frente a la posibilidad de que los criterios de autoridad previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 se apliquen para otros niveles de la administración pública, distintos a los del nivel local, ya que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha admitido de vieja data y en diferentes fallos que los criterios de autoridad dispuestos en aquellas normas sirvan igualmente para determinar el contenido y alcance del régimen de inhabilidades de los congresistas (Art. 179 C.N.), cuando se decide sobre la pérdida de investidura de un Congresista de la República (Arts. 183 y 184 C.N.), acudiendo precisamente a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en otras palabras admitiendo que la analogía legis sí es de recibo en materias relativas a las inhabilidades.*

*Entonces, se reitera, es evidente que, por definición legal, aplicable por integración normativa a título de noción conceptual, desde el punto de vista orgánico, esto es, en su condición de miembro del gabinete departamental como Secretario de Educación y Cultura de la Gobernación del Departamento de Bolívar, dicho cargo desempeñado por el señor Javid José Benavides Aguas, conlleva el ejercicio de autoridad política.”*

De acuerdo con lo anterior, señala el Consejo de Estado que, si bien los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 están dictados originalmente respecto al orden municipal, dicha circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del **orden departamental**. En este sentido dispuso el alto tribunal que, a nivel departamental, los homólogos en este orden territorial de los funcionarios municipales a los que se refieren los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad política y administrativa, como quiera que son las personas que integran, junto con otros funcionarios, el gobierno departamental.

En cuanto a la suspensión del gobernador, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla emitió Sentencia 0056 de 2002, con Radicación No.: 11001-03-28-000-2001-0056-01 (2778-2779), indicó lo siguiente:

*“Aunque a la fecha de esta sentencia el legislador no ha expedido la ley que determine cuáles son las faltas absolutas o temporales del gobernador a que hace referencia el inciso 2 del Artículo 303 de la Constitución, para la Sala es claro que*

*la suspensión provisional de la elección popular del gobernador, en principio, es una falta temporal. De hecho, el sentido natural y obvio de la expresión "suspensión provisional" en el cargo o en el ejercicio de las funciones, indica que esa decisión está limitada en el tiempo. De consiguiente, no procede la convocatoria a nueva elección de gobernador como sucedería en el caso de presentarse una falta absoluta, sino que su reemplazo debe originarse en el nombramiento provisional que corresponde efectuar al Presidente de la República (Artículo 304 de la Constitución)."*

De conformidad con el Consejo de Estado, la suspensión provisional de la elección popular del gobernador, en principio, es una falta temporal, toda vez que el sentido natural y obvio de la expresión "suspensión provisional" en el cargo o en el ejercicio de las funciones, indica que esa decisión está limitada en el tiempo.

En cuanto a su interrogante sobre una posible inhabilidad por el grado de parentesco, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Código Civil los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad entre sí. Así, en el marco de las anteriormente referidas disposiciones de la Ley 617 de 2000 y la Ley 136 de 1994, sí se incurriría en una violación al régimen de inhabilidades el hermano de un gobernador, aunque suspendido, aspira al cargo de diputado del mismo departamento. No sucede lo mismo para el caso de la aspiración a alcalde municipal.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el hermano (segundo grado de consanguinidad) de un gobernador suspendido en el ejercicio de su cargo se encuentra inhabilitado para aspirar al cargo de diputado del mismo departamento, toda vez que mientras su pariente ostente la calidad de gobernador y no pierda esta calidad le serán aplicables a sus parientes las inhabilidades dispuestas en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009.

Por ende y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el hermano de un gobernador suspendido estará inhabilitado para aspirar a diputado del mismo departamento. Sin embargo, no estará inhabilitado para aspirar a alcalde, en el entendido de que la autoridad ejercida por el hermano gobernador se da en una circunscripción distinta a la de sus aspiraciones electorales.

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.

Cordialmente,

**ARMANDO LÓPEZ CORTÉS**

**Director Jurídico**

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Borja

11602.8.4

#### **NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

<sup>1</sup>“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***