



Concepto 149751 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000149751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000149751

Fecha: 20/04/2022 08:51:24 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gobernador. Inhabilidades para acceder al cargo por parentesco con servidor de la CAR. RAD. 20229000132522 del 23 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es causal de inhabilidad que el hermano de un director o de un funcionario del nivel directivo de una CAR, pueda postularse como candidato a la Gobernación de un Departamento en el cual dicha CAR tiene jurisdicción y competencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Las inhabilidades para acceder al cargo de Gobernador están contenidas en la Ley 2200 de 2022, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos", que sobre el particular indica:

"ARTÍCULO 111. De las Inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:

(...)

6. 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 en salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

(...)

PARÁGRAFO. Interprétese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el presente Artículo se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funciona en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial."

Para que se configure la inhabilidad citada, se deben reunir los siguientes requisitos:

1. Que el pariente se encuentre dentro de los rangos establecidos por la norma.
2. El elemento temporal, que supone que el pariente ejerza el cargo dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
3. Que el cargo que desempeña implique ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar.

4. Que ejerzan la autoridad en el respectivo departamento.

La legislación colombiana define el parentesco por afinidad como el que existe entre un cónyuge o compañero/a permanente y los consanguíneos éste/a, y el grado de afinidad se determina por el grado de consanguinidad de dicho cónyuge o compañero/a con el su consanguíneo. En vía de ejemplo, un esposo/a o compañero/a permanente está en primer grado de afinidad con los hijos de su esposa o compañera concebidos en otra relación.

En el primer evento expuesto en la consulta, quien aspira al cargo de Gobernador es cuñado de quien desempeña un cargo Directivo en el Departamento del Vichada. Esto significa que sería pariente de afinidad en segundo grado, y por tanto, estaría fuera del rango prohibido que lo extiende tan sólo al primer grado de afinidad.

En el segundo caso, se trata de un hermano de un Contralor Provincial que aspira al cargo de Gobernador. De acuerdo con el Código Civil colombiano, los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad, es decir, dentro de la prohibición descrita.

Ahora bien, respecto al elemento temporal, el cargo lo debe ejercer dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

En la consulta señala que el hermano ejerce el cargo de Contralor Provincial. Para determinar si el desempeño de este cargo implica ejercicio de autoridad civil, administrativa, política o militar, debe acudirse a la Ley 136 de 1994¹ que define estos conceptos en sus artículos 188 a 190 en los siguientes términos:

“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 ejercen 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.”

De manera adicional debe precisarse que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia N°: 130012331000 2007-00800-01 del 20 de febrero de 2009, C.P.: Susana Buitrago Valencia, ha señalado 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, en el siguiente sentido:

“Ahora, como dentro del proceso se debate el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa por parte del gobernador en un determinado municipio, y como quiera que para el nivel seccional el legislador no ha expedido disposiciones que definan cada uno de esos conceptos, resulta pertinente acudir a lo que sobre el particular tiene prescrito la Ley 136 de 1994 en sus artículos 188, 189 y 190, pues por tratarse de situaciones y materias análogas el operador jurídico bien puede acudir a los mismos, posición que ha sostenido la Sección de tiempo atrás:

"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."¹²

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."*¹³

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."

Además, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa, en sentencia con radicación número 13001-23-31-000-2003-00024-01(3520), del 14 de abril de 2005, afirmó:

"(…)Específicamente el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en la norma invocada por el demandante, que el Tribunal consideró probada en este caso, implica poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, como lo señala la jurisprudencia referida, o como lo describió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

"b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil". (Subrayado y negrilla nuestra)

De conformidad con lo señalado, los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.

En la consulta no se indica cuáles son las funciones que desempeña el hermano de quien aspira a ser elegido Gobernador y que ejerce un cargo directivo en la CAR. Debe aclararse que no todo cargo del nivel directivo ejerce autoridad administrativa, política o civil y, en tal virtud, corresponde al consultante analizar si las funciones que desempeña implican ejercicio de alguna de las autoridades en cita, de acuerdo con las definiciones legales y la jurisprudencia.

Respecto al elemento territorial de la inhabilidad, señala el parágrafo del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022, que para efecto de las inhabilidades de los Gobernadores, el territorio se debe interpretar referida al departamento como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funciona en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial.

Esta misma fórmula interpretativa estaba contenida en el parágrafo del artículo 6° de la Ley 1871 de 2017², *"Por medio de la cual se dictan el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales y se dictan otras disposiciones"*. La Corte Constitucional, mediante su Sentencia C-396-21, con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, declaró su inexecutable, que, conforme al Comunicado de Prensa del 19 de noviembre de 2021, sustentó de la siguiente forma:

"3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, la cual interpretó la expresión “Departamento”, en el contexto de las inhabilidades de los diputados, en el sentido de entender que ella se refiere, para todos sus efectos únicamente “a Departamento como entidad pública y sus institutos y en entidades descentralizadas, no al aspecto territorial.” A juicio del actor, esta norma era incompatible con la prohibición prevista en el artículo 299 de la Constitución, en concordancia con el artículo 179 *ibídem*, y desbordó la competencia interpretativa del legislador, prevista en el artículo 150.1 *ibid*.

(...), la Corte planteó como problema jurídico determinar si la norma demandada, conforme a la cual, para efectos de las inhabilidades de los diputados la expresión “Departamento” debe entenderse únicamente como la entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, prescindiendo del elemento territorial, desconocía o no los límites de la facultad del legislador para interpretar las leyes (art. 150.1 CP) y la prohibición constitucional al legislador de fijar un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados que sea menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda, según lo ordenado en el artículo 299 de la Constitución Política.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte comenzó por reiterar su jurisprudencia sobre el alcance de la competencia del legislador para interpretar las leyes; prosiguió por estudiar el sentido y alcance de la prohibición al legislador de establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades menos estricto que el dispuesto por la Constitución para los congresistas; y, culminó por establecer el origen y el alcance del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 y, en especial, de su parágrafo. Con fundamento en estos elementos de juicio, la Corporación juzgó la constitucionalidad de la norma demandada.

Luego de constatar que la norma acusada, que es una ley interpretativa, sí se refiere a una norma anterior, a la que le fija su sentido, la Sala encontró que dicha interpretación modificó el alcance material de las normas interpretadas desconociendo la prohibición del artículo 299 de la Constitución, por cuanto la norma demandada hace menos estrictas las causales de inhabilidad de los diputados, frente a las causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 de la Constitución para los congresistas, a partir de una interpretación restrictiva de la expresión “Departamento”. El desconocimiento de la prohibición constitucional se constató por la Corte en las causales en las cuales la aludida expresión es un elemento para configurarla inhabilidad.

En tal virtud, la Corte resolvió declarar inexecutable el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017.”

Nótese que el comunicado de prensa de la Corte Constitucional fue emitido el 19 de noviembre de 2021 y la Ley 2200 fue expedida el 8 de febrero de 2022.

Sobre la expedición de normas con texto declarados inexecutable, la Corte Constitucional, en su Sentencia C-560 del 20 de noviembre de 2019, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, indicó lo siguiente:

“4.3. El fenómeno de la cosa juzgada constitucional y sus presupuestos. Reiteración de jurisprudencia

El inciso segundo del artículo 243 de la Constitución prohíbe a las autoridades reproducir el contenido material de leyes declaradas inexecutable, siempre y cuando dicha declaración se haya hecho por razones de fondo y, además, subsistan en la Carta las normas que sirvieron para hacer el juicio de constitucionalidad^[331]. Conforme al primer inciso de este artículo, en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y 22 del Decreto 2067 de 1991, se tiene que las decisiones que toma este tribunal, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, son definitivas y obligatorias para todos, dado su efecto *erga omnes*^[321].

La cosa juzgada constitucional responde a dos propósitos: 1) dar eficacia al principio de supremacía de la Constitución (art. 4 CP) y 2) garantizar la seguridad jurídica^[333], de ahí que este tribunal haya destacado en este fenómeno dos dimensiones: 1) una negativa, que consiste en prohibir a las autoridades judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto; y 2) una positiva, que consiste en proveer seguridad a las relaciones jurídicas^[344].

El fenómeno de la cosa juzgada constitucional se configura cuando se reúnen tres presupuestos, a saber: 1) la identidad de objeto, 2) la identidad de la *causa petendi* y 3) la subsistencia del parámetro de control del juicio de constitucionalidad^[351]. En cuanto a su tipología, la cosa juzgada constitucional puede ser formal o material^[361]. La primera se configura cuando hay una decisión anterior de este tribunal respecto de la “*misma norma*” que se somete a su estudio, valga decir, de una norma enunciada en un texto igual (formalmente igual)^[371]. La segunda se configura cuando existen dos enunciados formalmente diferentes que, no obstante, enuncian la misma norma, valga decir, el mismo contenido normativo^[381].

En el contexto de la prohibición de reproducir el contenido material de normas declaradas inexecutable, conforme al estándar fijado en la Sentencia C-228 de 2002^[391], se requiere de cuatro presupuestos, de los que se sigue, a modo de conclusión, que la norma reproducida también debe ser declarada inexecutable. Dichos presupuestos y conclusión se sintetizaron por este tribunal del siguiente modo:

<<1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable.

2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.^[40]

3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma.

4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutableidad.^[41]

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.>>

La cosa juzgada constitucional material, vista a partir de las decisiones que declaran la inexecutableidad de una norma, garantiza tanto la seguridad jurídica como el respeto por el Estado Social y Democrático de Derecho y, además, condiciona la labor del tribunal constitucional. Lo primero, porque impide que una norma declarada inexecutable pueda introducirse de nuevo en el ordenamiento jurídico. Lo segundo porque establece un límite al legislador en el ejercicio de sus competencias, en la medida en que le prohíbe reproducir la norma declarada inexecutable. Lo tercero, porque obliga al tribunal a declarar inexecutable la norma reproducida^[42].

Dadas sus implicaciones, este tribunal ha destacado que la configuración del fenómeno de la cosa juzgada material, a partir de una decisión que declara la inexecutableidad de una norma, no puede ser establecida por el magistrado sustanciador al momento de pronunciarse sobre la admisión de la demanda. Esta competencia le corresponde a la Sala Plena del tribunal y debe ejercerse en la sentencia^[43]. Esta doctrina, pacífica y reiterada, se funda en dos razones: 1) reconocer la existencia de cosa juzgada material implica, de manera necesaria, pronunciarse sobre la inexecutableidad de la norma demandada; y 2) esta decisión es de obligatorio cumplimiento y tiene efecto *erga omnes*."

El párrafo del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022, reproduce la fórmula interpretativa de la Ley 1871 de 2017, vale decir, indica, como lo hacía esta última, "Interprétese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el presente Artículo, se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas,..." , configurándose cosa juzgada material (dos enunciados formalmente diferentes que, no obstante, enuncian la misma norma, valga decir, el mismo contenido normativo).

Así las cosas, el elemento territorial de la inhabilidad en estudio, corresponderá al que ha sido señalado reiteradamente por la Jurisprudencia de las Altas Cortes, siendo una de ellas la emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con Ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, que en sentencia emitida el 6 de mayo de 2013 dentro del proceso con radicado No. 17001-23-31-000-2011-00637-01, indicó:

"Elemento espacial o territorial

Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el artículo 30 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se "ejerza" al interior del territorio al que se refiere la causal de manera que no es requerimiento que la autoridad se ostente respecto de todo el departamento, sino que basta que tal circunstancia se presente dentro o al interior de éste, así, con claridad esta Sección ha dicho que:

<<Como elemento territorial, el numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece que el funcionario inhabilitante debió ejercer autoridad en el respectivo departamento (...).

"(...) la norma legal que establece la inhabilidad no exige que el funcionario haya ejercido la autoridad mediante el desempeño de un cargo del orden departamental, en forma tal que los servicios se hayan prestado de manera exclusiva en el departamento, como lo plantea el apoderado del demandado. En realidad, se exige que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo departamento, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden nacional, como en este caso.

"En efecto, el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señala que la inhabilidad se establece respecto de funcionarios que "... hayan ejercido autoridad en el respectivo departamento ...", lo cual permite afirmar que sólo indica el territorio en el que los funcionarios deben haber ejercido la autoridad para que se conviertan en inhabilitantes para su pariente, cónyuge o compañero permanente que sea candidato o hubiere

resultado elegido gobernador, más no señala el cargo que se debe desempeñar ni el orden a que pertenezca [...]»²¹ >>²². (Negrillas propias del texto original).

Con la misma lógica de la sentencia en cita, y atendiendo al alcance del concepto jurídico de territorio, concluye la Sala que para que se configure el elemento espacial del caso objeto de estudio es preciso que, la autoridad se ejerza al interior del departamento de Caldas, del cual, por supuesto, hacen parte todos sus municipios, incluida su Capital.” (Se subraya).

De acuerdo con el texto jurisprudencial expuesto, y para efectos de la inhabilidad contenida en el numeral 6° del artículo 111 de la Ley 2200 2022, al ejercer autoridad administrativa, civil y política en el departamento respectivo, aun cuando la entidad no sea del nivel departamental, se configurará si la ejerció dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Gobernador.

Con base en los argumentos expuestos, esa Dirección Jurídica considera que el consultante deberá verificar si las funciones asignadas al servidor público de la CAR, pariente de quien aspira al cargo de Gobernador, implican ejercicio de autoridad administrativa, de acuerdo con los lineamientos expuestos en el cuerpo de la consulta. Si del análisis concluye que sí ejerció autoridad, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección, en el mismo departamento donde pretende ser elegido, el hermano del servidor estará inhabilitado para aspirar al cargo de Gobernador.

En caso 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”: [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

¹ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”

² “ARTÍCULO 6°. De las inhabilidades de los diputados. (...)”

PARÁGRAFO. Interpretétese para todos sus efectos, que la inhabilidad descrita en este artículo se refiere a Departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, no al aspecto territorio.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:19:23