



## Concepto 172731 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000172731\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000172731

Fecha: 03/05/2023 01:58:41 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Parentesco con Servidor Público Jefe de Talento Humano ESE. RADICACIÓN. 20232060243282 del 25 de abril de 2023 y 20232060245122 del 26 de abril de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la consulta si está inhabilitado para aspirar a ser alcalde el hermano del Jefe de Talento Humano de un Empresa Social del Estado (ESE) del mismo municipio donde aspira al cargo de elección popular, me permito dar respuesta en los siguientes términos manifestar lo siguiente:

Al respecto, en relación con las calidades que se exigen para aspirar a ser elegido alcalde, la Ley 136 de 1994, dispone:

*ARTÍCULO 86.- Calidades. Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o del área correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.*

*PARÁGRAFO.- Para ser elegido alcalde de los municipios del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se requiere además de las determinadas por la ley, ser residente del Departamento conforme a las normas de control de densidad poblacional y tener domicilio en la respectiva circunscripción por más de diez (10) años cumplidos con anterioridad a la fecha de la elección.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Sobre las inhabilidades para acceder al cargo de alcalde, la Ley 617 de 2000<sup>1</sup>, establece:

*“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 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.”*

Según el texto del numeral 4° del artículo citado, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (como son los padres, hijos o hermanos), primero de afinidad 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.

Según la información suministrada en la consulta, se trata del hermano del aspirante a la alcaldía y, por tanto, se configura el elemento parental, ya que, según el Código Civil colombiano, los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad. Adicionalmente, un directivo docente de entidad pública tiene la calidad de empleado público, y en tal virtud, se configura este elemento de la inhabilidad.

Debe analizarse ahora, si el desempeño del cargo de Jefe de Talento Humano de una ESE implica ejercicio de autoridad, por lo tanto, se revisarán las definiciones citadas y contenidas en la ley 136 de 1994<sup>2</sup>.

*"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:*

*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. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación. 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."*

*"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."*  
*(Subraya fuera del texto)*

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de noviembre de 5 de 1991, expresó:

*"La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, dispone que no podrán ser elegidos congresistas "quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)*

*En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.*

*Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno. b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan 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 o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar. d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar". (Subraya fuera de texto)*

Adicionalmente, 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 2005, 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)*

*La autoridad puede ser de diversa naturaleza, según se trate de autoridad política, civil, administrativa y militar. La sentencia en cita (6), recoge los pronunciamientos de esta Corporación, en relación con cada uno de estos tipos de autoridad, así:*

*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 (...).

En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibidem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil". (8) (...)

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).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (10). (...)

"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."

Por último, la Corte Constitucional en Sentencia SU-207 de 2022<sup>3</sup>, señala:

"La inhabilidad por parentesco dispuesta en el numeral 4 del artículo 95 y en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000

El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, prevé entre las inhabilidades para ser alcalde, la siguiente:  
(...)

El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, dispone la siguiente inhabilidad para ser concejal:  
(...)

En general, las disposiciones que fijan las inhabilidades prevén aquellos elementos "sin cuya acreditación no podría erigirse el límite impuesto al derecho a ser elegido del inscrito, elegido o designado"[126], de manera que todos ellos deben concurrir[127]. En particular, para que se configure la inhabilidad por parentesco para alcaldes y para concejales deben concurrir los siguientes elementos: i) Vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con funcionarios públicos[128] (elemento personal).ii) El ejercicio de autoridad[129] civil, política, administrativa[130] o militar por parte del funcionario (elemento objetivo).iii) La autoridad debe ser ejercida[131] en la circunscripción territorial[132] en la cual debe efectuarse la elección (elemento territorial). iv) El funcionario (cónyuge, compañera(o) o pariente) debe estar investido de dicha potestad durante el término previsto en la disposición que regula la inhabilidad. En el caso de quienes aspiran a los cargos de alcalde o concejal implica que el funcionario haya ejercido autoridad civil, política o administrativa en la correspondiente circunscripción territorial dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección (elemento temporal). 56. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado resalta la importancia de considerar el efecto útil de la inhabilidad por parentesco al momento de resolver si ésta se configura o no en cada caso concreto[133]. Las principales finalidades que se vinculan a las inhabilidades por parentesco son:

56.1. Asegurar que quienes accedan o estén en la función pública, desempeñen su cargo bajo los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e

imparcialidad, garantizando de esta forma la prevalencia del interés general sobre el particular[134].

56.2. Promover un sistema democrático transparente evitando aquellas prácticas constitutivas de nepotismo. Bajo esa perspectiva, pretende que los servidores investidos de autoridad no puedan usar su posición para favorecer intereses de su núcleo familiar de modo que el principio de imparcialidad impida (i) empeñar el proceso electoral o (ii) comprometer el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos[135].

56.3. Optimizar el principio de transparencia evitando que el apoyo indebido a los parientes genere un desbalance en el contexto político electoral. De esta forma se pretende que el éxito electoral sea “el fruto de un capital electoral propio” y no de uno “endosado” ajeno al propósito de “consolidar un proyecto ideológico o político”. [136]

57. Así las cosas, para la Sala Plena del Consejo de Estado es sumamente relevante determinar que el pariente del candidato, investido de autoridad, pueda “influir de manera indirecta o directa al electorado desde el día de la inscripción y hasta el día anterior a la elección, produciendo resultados y efectos que atentan contra el equilibrio de la contienda electoral y la igualdad entre candidatos (...)” [137] (negrillas no originales). En la misma providencia, el alto Tribunal reiteró que el ejercicio de la autoridad se debe valorar “no sólo [desde] la interpretación gramatical de la disposición, sino también conforme a su finalidad y a su utilidad”.

58. Con el fin de exponer la forma en la cual el Consejo de Estado ha entendido la configuración de los elementos objetivo y territorial -objeto de debate en las presentes tutelas- a continuación, la Sala Plena presenta una síntesis de algunos de los pronunciamientos proferidos por la alta Corte en el período comprendido entre el año 2003 a 2021.”

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, los alcaldes. El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

En ese sentido y con el fin de determinar si un Jefe de Talento Humano de una Empresa Social del Estado ejerce autoridad administrativa o civil, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas para ese cargo, 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. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad que reclama la Constitución para la estructuración de esta causal de inhabilidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro de las funciones del Jefe de Talento Humano se encuentran aquellas relacionadas con 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, esta Dirección Jurídica considera que ejerce Dirección Administrativa de acuerdo a la definición dada en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994.

Por lo tanto y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que el hermano del Jefe de Talento Humano de una ESE del municipio, se encuentra inhabilitado para aspirar a ser alcalde del mismo municipio donde su pariente ejerce autoridad administrativa.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 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.

2 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

3 Referencia: expedientes T-8.361.046 y T-8.425.408 acumulados. Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:42:15*