



Concepto 227841 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000227841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000227841

Fecha: 08/06/2023 06:47:04 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Concejal. Inhabilidad de hermana de Contralor Provincial. RAD. 20232060302652 del 25 de mayo de 2023.

El Consejo Nacional Electoral, con su oficio No. CNE-S-2023-003112-OJ del 24 de mayo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual informa que su hermano se posesionó como Contralor Provincial del Atlántico, el día 1 de Marzo del presente año; así tiene una hermana que es actualmente Concejal del municipio de Baranoa, Atlántico quien quiere aspirar a la alcaldía de ese municipio o en su defecto volver a reelegirse como concejal. Afirma que a su hermano le han recomendado que cuando le toque algún proceso relacionado con el municipio se declare impedido para no inhabilitar a la hermana que aspira a la alcaldía o al concejo. Con base en la información precedente, consulta si existe inhabilidad para que la hermana se postule para la Alcaldía o para reelegirse en el Concejo.

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde o concejal, la Ley 136 de 1994, expresa:

"Artículo 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, *"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*, determina lo siguiente:

"Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

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 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.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto)

"ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

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 distrito, 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 municipio o distrito.

(...)

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 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero 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 municipio o distrito en la misma fecha". (Se subraya).

(...)"

La inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95 y del artículo 43, determina que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital o concejal, 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 municipio, respectivamente, 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 departamento o municipio.

No basta el ejercicio de poder civil, administrativo, político o militar, sino que éste debe ejercerse en calidad de empleado público y, por tanto, debe establecerse si quien aspira al cargo de elección popular tenía tal carácter.

De conformidad con la Constitución (artículo 123), los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así, debe entenderse que los concejales, si bien son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados públicos y en tal virtud, la inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la ley 617 de 2000 no les aplica.

En consecuencia, la persona que se desempeña como concejal, no se encuentra inhabilitada para aspirar a los cargos de alcalde o concejal.

En cuanto a la inhabilidad contenida en el numeral 4° de los artículos 95 y 43 de la Ley 136, 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, 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, el aspirante al cargo de Alcalde o Concejal, es hermano/a de un Contralor Provincial, quien, de acuerdo con el Código Civil colombiano, se encuentra en segundo grado de consanguinidad y, por tanto, dentro del rango de prohibición.

Ahora bien, se debe determinar si el desempeño de los cargo de Contralor Provincial implica ejercicio de autoridad civil, administrativa, política o militar. Para ello, debe acudir a la Ley 136 de 1994, 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:

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. 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." (Se subraya).

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 Civil. 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 ibídem) 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, supervisando 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. (Negrilla y resaltado fuera del texto).

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.

La Resolución 683 de 2019 "por la cual se establece el Manual de Funciones y Requisitos para el desempeño de los cargos de la Planta Global de Duración Temporal de Regalías de la Contraloría General de la República creada mediante Artículo 38 de la Ley 1942 de 2018", sobre las Funciones y requisitos mínimos de la planta global de duración temporal de regalías de la Contraloría General de la República, señala:

"ARTÍCULO 5°. Cargos de la planta global de duración temporal. Los cargos de la Planta Global de duración Temporal creados en virtud del Artículo 38 de la Ley 1942 de 2018, corresponden a:

Contralor Delegado Intersectorial, Nivel Directivo, Grado 04.

(...)

Contralor Provincial, Nivel Directivo, Grado 01.

(...)

ARTÍCULO 8°. Establecer las funciones y requisitos mínimos para el cargo de Contralor Provincial, Nivel Directivo, Grado 01, adscrito a la Gerencia Departamental Colegiada respectiva, para el conocimiento y trámite de procesos de responsabilidad fiscal relacionados con el Sistema General de Regalías.

(...)

OBJETIVO PRINCIPAL DEL CARGO

Dirigir el ejercicio del control fiscal micro, la recepción y trámite de quejas y denuncias, la indagación preliminar fiscal, los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y sancionatorio fiscal, de conformidad con las normas legales vigentes, políticas y procedimientos adoptados por la Contraloría General de la República. (Destacado nuestro)

Sobre la naturaleza general de las funciones, la Resolución 5044 De 2000 "Por la cual se establecen los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para el desempeño de los mismos en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.", dispuso:

"ARTÍCULO 4°. NATURALEZA GENERAL DE LAS FUNCIONES. Las funciones generales de los empleos se definen de acuerdo a los niveles administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el presente Artículo.

Nivel Directivo

Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos. (Negrilla y subrayas fuera del texto)

De acuerdo a los anteriores actos administrativos, el Nivel Desconcentrado de la Contraloría está compuesto por Gerencias Departamentales Colegiadas, dentro de las cuales, se encuentran los Contralores Provinciales.

Señala que el cargo de Contralor Provincial, grado 01, perteneciente a la Gerencia Departamental Colegiada, es del Nivel Directivo. Por su parte, según la naturaleza de las funciones, el Nivel Directivo comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos.

Así las cosas, aunque la Contraloría General de la República es una entidad del orden Nacional, por desconcentración se le asignaron ciertas funciones a otras dependencias para que fueran desarrolladas en un campo de acción limitado territorialmente, lo que quiere decir que, aunque el cargo de Contralor Provincial pertenezca a la planta de la Contraloría General de la República, la cual es del orden nacional, al desconcentrar dicho cargo, el ejercicio de sus funciones estará delimitado en el territorio en el que esté ubicado el mismo.

Sobre las funciones asignadas al cargo de Contralor Provincial, la ya mencionada Resolución 683 de 2019, realizó una descripción de funciones esenciales atribuidas al cargo de Contralor Provincial, así:

ARTÍCULO 8°. Establecer las funciones y requisitos mínimos para el cargo de Contralor Provincial, Nivel Directivo, Grado 01, adscrito a la Gerencia Departamental Colegiada respectiva, para el conocimiento y trámite de procesos de responsabilidad fiscal relacionados con el Sistema General de Regalías.

(...)

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

Integrar la colegiatura para los asuntos relacionados con el control y vigilancia del sistema de regalías y ejercer sus funciones de manera colegiada con los Gerentes Departamentales y demás Contralores Provinciales, en relación con los procesos de control y vigilancia fiscal a los recursos del Sistema General de Regalías a nivel micro, la recepción y trámite de quejas y denuncias, la indagación preliminar; así como los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y sancionatorios fiscales, asociados a dichos recursos, para fortalecer la gestión fiscal, conforme a las reglas establecidas en la Resolución 6541 de 2012 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.

(...)

Adelantar las acciones de vigilancia y aplicar los sistemas de control fiscal a los recursos del Sistema General de Regalías definidos por el Contralor General de la República, incluyendo auditorías especiales y en general cualquier otro instrumento de vigilancia y control fiscal, de conformidad con su competencia territorial.

(...)

Conocer, tramitar y decidir las indagaciones preliminares que deban adelantarse para coadyuvar a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Dirigir, conocer, tramitar y decidir los procesos de responsabilidad fiscal que le sean asignados por reparto por el Contralor Delegado Coordinador de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías, determinando la procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares, de conformidad con el procedimiento establecido para la toma de decisiones colegiadas en las Gerencias Departamentales.

(...)

Supervisar los grupos de trabajo que le sean asignados en su respectiva circunscripción territorial, para garantizar el cumplimiento de los resultados de los procesos de vigilancia, control y responsabilidad fiscal a los recursos del Sistema General de Regalías. Atender y responder las denuncias que le sean asignadas.

(...)"

Como puede observarse, las funciones de Contralor Provincial, están relacionadas con el ejercicio de las funciones que tiene capacidad de influir en las decisiones de la entidad, denotan poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas y, están revestidas de poder, dirección, coordinación y control y se ajustan a la definición de autoridad administrativa contenidas en la Ley 136.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que, si el hermano de quien aspira a ser elegido/a alcalde o concejal, desempeña el cargo de Contralor Provincial en el municipio donde aspira a ser elegido/a, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, estará inhabilitado/a para inscribirse y ser elegido en uno de esos cargos.

Cabe agregar que aun cuando el Contralor Provincial se declare impedido, la inhabilidad de la hermana que aspira al cargo de alcalde o de concejal no desaparece, pues los elementos de la limitación se configuran y no dependen de la voluntad de los servidores públicos.

Así mismo, a pesar de que el Contralor Provincial no haya conocido en el ejercicio de sus funciones alguna situación específica en el municipio donde la hermana aspira a ser elegida alcalde o concejal, la inhabilidad se configura pues la jurisdicción que le ha sido asignada incluye el citado municipio.

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": <https://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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:51:21