



Concepto 17091 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000017091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000017091

Fecha: 22/01/2020 11:53:34 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para aspirar a la Gobernación por pariente empleado público del nivel profesional. RAD. 20199000418682 del 27 de diciembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si quien ejerce como profesional especializado, código 2028, grado 19, control interno en una Corporación Autónoma Regional inhabilita a su pariente dentro del segundo grado de consanguinidad para postularse como gobernador; igualmente si a quien ejerce el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 19, control interno desde enero de 2016, le sobreviene alguna inhabilidad habida cuenta de que por Ley 99 de 1993, el gobernador a partir del 1 de enero de 2020, por derecho propio empieza a ejercer como miembro de la Junta Directiva de la CAR, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Frente a la primera de sus preguntas formuladas, es necesario tener presente que La Ley 617 de 2000¹ dispone:

"ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

(...)

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."

De acuerdo a lo anterior, la Ley 617 de 2000 dispone que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador 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.

En consecuencia, para el análisis de la inhabilidad que acá se cuestiona deberán estudiarse tres aspectos, primero el parentesco en los grados señalados en la norma, segundo, el ejercicio como empleado público de autoridad civil, política, administrativa o militar del pariente del candidato y tercero, que esa autoridad se ejerza en el respectivo departamento.

1.1. Frente al primer supuesto, conforme al artículo 35 y siguientes Código Civil, una persona se encuentra en segundo grado de consanguinidad en línea colateral con sus hermanos.

1.2. Respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 definió estos conceptos 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 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 si 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 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". (Subrayado fuera de texto).

En relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01/52001-23-33-000-2015-00840-01, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez:

"Bajo esas condiciones esta Sala Electoral ha señalado que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, "es necesario acudir a dos criterios fundamentales. Uno de ellos corresponde al criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan". El criterio orgánico, entonces, si bien

permite señalar que el ejercicio de autoridad indefectiblemente coincide con el ejercicio de las funciones de cargos del nivel directivo que son aquellos que “comprenden los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.”³ (Decreto 770 y 785 de 2005, artículo 4, numeral 4.1.).

No obstante, existen otros empleos que no siendo de dirección en la correspondiente estructura de la entidad comportan el ejercicio de autoridad -criterio funcional o material- por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad. Desde esta perspectiva su existencia está atada al “conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (...)” (Ley 909 de 2004, artículo 19).

Por tanto, cuando se pretenda indagar si una persona ejerció o no autoridad, no basta con determinar la categoría que su cargo tiene en la estructura de la administración, pues si bien aquel puede no hacer parte del nivel directivo, es posible que por las competencias asignadas a este se pueda determinar su presencia de aquella, por tenerlas expresamente atribuidas a ese cargo, en la Ley, el reglamento o el correspondiente manual de funciones⁴.

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 fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994, en la respectiva circunscripción, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisarios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

Esto es, si tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; o si hace parte de las unidades de control interno y legal o reglamentariamente tiene facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo departamento.

Ahora bien, el Decreto 770 de 2005⁵ preceptúa:

“ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

(...)

4.3 Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que, según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

(...)"

Por su parte, el Decreto 2489 de 2006⁶ dispone:

“ARTÍCULO 1º. Campo de aplicación. El presente decreto establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Entes Universitarios Autónomos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas y demás entidades y organismos del orden

nacional, con excepción de los organismos y entidades que se rigen por sistemas especiales de nomenclatura y clasificación de empleos.

"ARTÍCULO 2º. Nomenclatura y clasificación de empleos. Establece la nomenclatura y clasificación de empleos públicos de las entidades y organismos a los cuales se refiere el artículo 1º del presente decreto, así:

Denominación del empleo	Código	Grado
NIVEL PROFESIONAL		
(...)		
		24
		23
		22
		21
		20
		19
		18
<i>Profesional Especializado</i>	2028	17
		16
		15
		14
		13
		12

Así las cosas, los empleos del nivel profesional son aquellos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que, según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales, entre los que se encuentra el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 19.

Conforme a lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que un empleado del nivel profesional no ejerce autoridad administrativa, teniendo en cuenta que no le corresponde las funciones de dirección propias a dicho ejercicio señaladas previamente. Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, un profesional especializado, código 2028, grado 19, de una Corporación Autónoma Regional no inhabilita a su pariente como candidato a la gobernación.

2.- Con respecto a si a quien ejerce el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 19, de control interno de una Corporación Autónoma Regional desde enero de 2016, le sobreviene alguna inhabilidad habida cuenta de que por Ley 99 de 1993, el gobernador a partir del 1 de enero de 2020, por derecho propio empieza a ejercer como miembro de la Junta Directiva de la CAR, me permito informar que frente a las inhabilidades de los miembros del Consejo Directivo una Corporación Autónoma Regional, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Ricardo H. Monroy Church, emitió concepto con Radicación 1366 de fecha 18 octubre de 2001, en el cual se dispuso:

"Por ello no es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los miembros de los consejos o juntas directivas de las entidades descentralizadas en el decreto ley 128 de 1.976 y tampoco el previsto en la Ley 489 de 1998 -que regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública-, pues su artículo 40 dispone que las corporaciones autónomas regionales, como entidad de régimen especial otorgado por la Constitución Política, se someten a las disposiciones que para ellas establezcan las respectivas leyes, de tal manera que en armonía con los artículos 6º, 124 y 150,7 constitucionales, solamente las disposiciones con tal jerarquía legislativa en materia de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, resultan aplicables a los miembros de los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales."

Como consecuencia de la inaplicación del artículo 19 del decreto 1768 de 1.994 y ante la imposibilidad de extender el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los miembros de tales consejos directivos, pues su previsión es taxativa y su aplicación restrictiva, debe acudirse al régimen general propio de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas, así como a los especiales establecidos por el legislador en consideración al cargo en razón del cual pertenecen al Consejo." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el Consejo de Estado, las corporaciones autónomas regionales, como entidades de régimen especial otorgado por la Constitución Política, se someten a las disposiciones que para ellas establezcan las respectivas leyes, de tal manera que en armonía con los

artículos 6º, 124 y 150.7 de la Constitución Política, solamente las disposiciones con tal jerarquía legislativa en materia de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, resultan aplicables a los miembros de los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales.

Así mismo dispuso esta Corporación, que debe acudirse al régimen general propio de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas, así como a los especiales establecidos por el legislador en consideración al cargo en razón del cual pertenecen al Consejo Directivo de la CAR, con el fin de determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable para cada caso en concreto.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, es preciso anotar que en el evento de que los parientes de los servidores públicos de elección popular, se encuentren vinculados en las entidades del Estado con anterioridad a la elección de su familiar, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, preceptuó:

“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predictable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

Si bien el artículo 6º de la ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente - a la entidad a la cual presta servicios - que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora. (Resaltado nuestro)

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional sobre el alcance de este artículo - sentencia C-380 de 1997:

“...dicha prohibición presenta como características esenciales las relativas a los límites impuestos por la misma Constitución al ejercicio de la atribución de nombrar servidores públicos por razones de parentesco ; a la restricción al derecho constitucional fundamental de acceso al ejercicio de funciones y cargos públicos para las personas directamente afectadas con la prohibición ; así como, la garantía al derecho a la igualdad frente a todos los demás ciudadanos que pretendiendo acceder al mismo cargo, puedan verse rechazados precisamente en razón a su origen familiar, opinión política, etc.

“De manera que, aunque la Constitución es la que consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por razones familiares, es al legislador a quien corresponde desarrollarla haciendo uso de una relativa discrecionalidad, condicionada a las reservas, principios y valores que le impone el mismo ordenamiento superior y a las condiciones particulares de cada caso”. (Negrillas de la Sala)

De lo expuesto se concluye que por vía de interpretación de los efectos del artículo 126 no es posible configurar una causal de inhabilidad respecto del servidor vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la facultad nominadora.

Finalmente, se precisa que una vez posesionado el pariente nominador, la prohibición comprende los actos administrativos mediante los cuales se ejerza tal potestad, como son los de ascenso o promoción, excepción hecha de los provenientes de la aplicación de las normas de carrera.

En efecto, se exceptúan de la prohibición analizada los nombramientos efectuados en desarrollo de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos, prevista en el inciso 2º del artículo en cita, evento en el cual la potestad nominadora se limita a formalizar los resultados de un proceso de selección que, por principio, se reputa adelantado en condiciones de igualdad.

Ahora bien, en relación con los funcionarios territoriales, la ley 617 de 2000 en el inciso 2º del artículo 49 desarrolla la prohibición referida, al establecer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, que reitera la prohibición constitucional sobre la materia.

(...)

2. *El empleado vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión en un cargo de elección popular de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y en la Ley, no está inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, por no estar consagrada expresamente en la Ley dicha situación como causal de inhabilidad sobreviniente*” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un empleado público, al estar vinculado con anterioridad a que su pariente se posesione en un cargo de elección, no estaría inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, en razón a que, como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

No obstante, deberán verificarse las inhabilidades dispuestas por los estatutos de la respectiva Corporación Autónoma Regional, establecidos en virtud de la autonomía otorgada por la Constitución Política.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. D. castellanos

Revisó: Armando López Cortes

Aprobó: Armando López Cortes

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. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 5 de junio de 2003. Expediente No. 2003-03090.

3. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez.

4. Sobre el particular, esta Sección ha indicado que: “(...) Corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo, o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa’ (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2002. Expediente 2804).

5. Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

6. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del orden nacional y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:24:36