



Función Pública

Concepto 200401 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000200401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000200401

Fecha: 01/06/2022 02:38:21 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Gobernador. Inhabilidad de pariente de miembro de Consejo Directivo de empresa industrial y comercial del estado. RAD. 20229000219652 del 25 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad o incompatibilidad sobre el o la cónyuge de un funcionario que haga parte de la junta directiva (presidente) de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter nacional o regional para aspirar a un cargo de elección popular como lo es la Alcaldía o la Gobernación, considerando que a través de la junta directiva se autoriza al gerente la celebración de actos o contrato, constituir apoderados, contratar asesores, se adopta el presupuesto, entre otros.

Sobre la inquietud plateada, me permito manifestarle lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000, que modifica la Ley 136 de 1994, expresa:

"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.

(...)"

(Subraya y negrilla fuera de texto)

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:

(...)

"ARTÍCULO 111. *De las Inhabilidades de los Gobernadores.* 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 en salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

(...)

PARÁGRAFO . Interpretese 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."

(Se subraya)

Para que se configure la inhabilidad para ser Alcalde o Gobernador, se deben reunir los siguientes requisitos:

Que el pariente se encuentre dentro de los rangos establecidos por la norma.

El elemento temporal, que supone que el pariente ejerza el cargo dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Que el cargo que desempeña el "funcionario" implique ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar.

Que ejerzan la autoridad en el respectivo municipio o departamento, según el caso.

En el caso consultado, se trata del cónyuge que aspira a ser elegido alcalde o gobernador y, en tal virtud, se configura el elemento parental. Debe analizarse ahora si el desempeño de su función en la junta o el consejo directivo, implica ejercicio de autoridad.

Sobre la conformación de la junta directiva de una EICE, la Ley 489 de 1998, "*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*", establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 89. Juntas directivas de las empresas estatales. La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley.

Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de la empresa ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses."

Ahora bien, respecto de la conformación de los consejos directivos, la citada ley, indica:

"ARTÍCULO 73. Integración de los consejos de los establecimientos públicos y deberes de sus miembros. Los consejos directivos de los establecimientos públicos se integrarán en la forma que determine el respectivo acto de creación.

Todos los miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos deberán obrar en los mismos consultando la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo ante el cual actúan.

Los consejos de los establecimientos públicos, salvo disposición legal en contrario, serán presididos por el Ministro o el Director de Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentre adscrita la entidad o por su delegado."

De acuerdo con la norma transcrita, la integración de los consejos directivos de los establecimientos públicos y por remisión directa, de las

juntas directivas de las EICE, se realiza de la forma que determine el acto de su creación. Por lo tanto, y para efectos de la inhabilidad, el consultante deberá verificar si la persona por quien se consulta y por la que puede configurarse una inhabilidad es o no empleado público, pues la inhabilidad en estudio sólo se configura si el aspirante a la alcaldía o a la gobernación, goza de esta calidad.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, que e sentencia del 17 de julio de 2008, dentro del proceso con Radicado No. 44001-23-31-000-2008-00005-01(PI), dispuso:

“5.1. Sobre lo primero se ha de precisar que el ejercicio de autoridad administrativa como elemento de la inhabilidad en comento requiere de la condición de empleado público, pues la norma claramente señala que incurre en ella quien la haya ejercido como empleado público, que por lo demás lo debe hacer en el respectivo municipio, situaciones que no se dan en cabeza del demandado, por cuanto como lo demuestra el a quo, y no lo controvierte el impugnante, la circunstancia de ser miembro de la aludida Junta Directiva de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios no le daba el carácter de empleado público al señor LEANDRO JOSE MEJIA DIAZ, menos cuando se trataba de un particular, y esa junta es de un organismo de orden departamental.

De modo que por el sólo hecho de no ser empleado público hace imposible la configuración u ocurrencia de la causal de inhabilidad en el caso bajo examen.”

Ahora bien, respecto a aquellos que sí tienen la calidad de empleados públicos y que integran el Consejo Directivo, debe determinarse si el desempeño de esta dignidad supone ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar.

En los consejos directivos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es factible que algunos miembros del Consejo Directivo sean empleados públicos y otros sean particulares que representan diferentes sectores.

En caso que la persona que integra el Consejo Directivo de la Empresa Industrial y Comercial del Estado objeto de la consulta, sea un empleado público, deberá el consultante analizar si éste ejerce autoridad política, civil o administrativa, para lo cual se debe acudir a las definiciones contenidas en la Ley 136 de 1994, que sobre ellas, indica:

“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,

ARTÍCULO 191. Autoridad militar. A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.

Para efectos de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate.”.

(Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el legislador, la dirección administrativa es aquella que ejercen además del alcalde, 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.

Con relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

"La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.

(...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia".

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".

(...)

"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.

(...)"

(Subrayado fuera de texto).

Sobre 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:

"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:

Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

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.

(...)

La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar”.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.”.

(Subrayado fuera de texto).

En cuanto a los miembros que sí ostentan la calidad de empleados públicos, debe señalarse que el ejercicio de la autoridad administrativa, política o civil que pueda ostentar el mismo debe ser considerado de manera individual, pues la autoridad que ejerce el Consejo Directivo de una entidad pública, corresponde al cuerpo colegiado y no a cada una de las personas que la integran. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente, Alberto Yepes Barreiro, en sentencia emitida el 18 de abril de 2013, dentro del proceso con Radicado No. 13001-23-31-000-2012-00010-01, indicó:

“... observa la Sala que si bien ese acto constituye una manifestación de autoridad administrativa, en realidad lo es de la Junta Directiva pero no del demandado como delegado del gobernador.

Lo concluido encuentra sustento en que de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, funciones como la mencionada en el párrafo anterior son propias de la Junta Directiva de la respectiva Empresa Social del Estado y no de sus integrantes individualmente considerados, lo que a su vez lleva a afirmar que las decisiones administrativas las adopta la corporación y que, por tanto, se trata de una voluntad colectiva. Así lo precisó recientemente la jurisprudencia de la Sección:

“Pero la sola situación de ser miembro de la Junta Directiva de la entidad contratante [Fundación Carulla] *per-se* no tipifica esta inhabilidad de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Porque por dicha condición no es predicable una participación individual o personal. Quien actúa es el cuerpo corporativo o colegiado, no sus integrantes autónomamente considerados.”

En fin, de la participación que tuvo el demandado en la sesión ordinaria de 28 de diciembre de 2010, de la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, no se configura el ejercicio de ninguna de las formas de autoridad que le imputa el accionante, ya que las decisiones son asumidas allí por una voluntad colegiada. (El subrayado es nuestro)

De acuerdo con lo analizado, el aspirante a los cargos de Alcalde o Gobernador, no estará inhabilitado por este hecho, por cuanto los miembros del consejo directivo, si son empleados públicos, ejercen autoridad colegiada y no individual. Sin embargo, es posible que, siendo empleados públicos, en el ejercicio regular de su cargo (y no como miembro del Consejo Directivo), ejerzan autoridad. Por lo tanto, deberá el consultante verificar si el empleado ejerce autoridad, de manera individual en el desempeño de su cargo, para establecer si se encuentra o no inhabilitado para acceder al cargo de alcalde.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Si el integrante del Consejo Directivo de la Empresa Industrial y Comercial del Estado pariente de quien aspira al cargo de alcalde municipal o al de Gobernador, es un particular que representa a alguno de los gremios descritos en el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, no se configura inhabilidad por no tener la calidad de empleado público.

Si el integrante del Consejo Directivo de la Empresa Industrial y Comercial del Estado pariente de quien aspira al cargo de alcalde municipal, goza de la calidad de empleado público, no se presentará inhabilidad en razón a su participación en aquel, pues la autoridad la ejerce el cuerpo colegiado y no el empleado de manera individual.

No obstante, el consultante deberá verificar si el cargo que desempeña como empleado, implica ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, de conformidad con el análisis efectuado en el cuerpo del concepto.

Como se indicó en el numeral anterior, actuar como miembro del Consejo Directivo de la Empresa Industrial y Comercial del Estado no implica ejercicio de autoridad individual y, por lo tanto, por este hecho no se configura la inhabilidad.

En caso que el pariente del aspirante a ser elegido Alcalde o Gobernador, en el desempeño de su cargo (no como miembro del Consejo Directivo) ejerce autoridad política, civil o administrativa, para evitar la configuración de la inhabilidad deberá renunciar a su cargo previo a los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

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”: </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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:17:24