



Función Pública

Concepto 16281 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000016281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000016281

Fecha: 24-01-2019 06:01 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para postularse a la Alcaldía de un municipio debido a que su hermano ejerce como rector de una universidad pública. RAD. 20189000342562 del 11 de diciembre de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el hermano del rector de una universidad pública, que aspira a ser elegido alcalde en un municipio de quinta categoría que se encuentra en el mismo departamento donde labora su hermano, tendría alguna inhabilidad para aspirar a este cargo de elección, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la información suministrada en su consulta, no es suficiente para determinar la posible inhabilidad en la que puede ver inmerso el hermano de un rector de una universidad pública, toda vez que no fue referenciada la naturaleza jurídica del ente universitario, ni los estatutos que rigen la actividad de sus directivos.

Sobre el particular, es necesario resaltar que el artículo 69 de la Constitución Política establece frente a la autonomía universitaria, lo siguiente:

“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...).”

Conforme al mandato constitucional, se ha reconocido a las universidades la autonomía universitaria, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos y darse sus directivas. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional antes expuesto, expidió la Ley 30 de 1992, *“por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior”* en la cual estableció:

“ARTÍCULO 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

“ARTÍCULO 29. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:

a) Darse y modificar sus estatutos.

b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.

c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.

d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.

e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional. Parágrafo. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y

e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)”.

Frente a la Dirección de las entidades de educación superior, la Ley *ibídem* señaló:

“ARTÍCULO 62. La dirección de las universidades estatales u oficiales corresponde al consejo superior universitario, al consejo académico y al rector.

Cada universidad adoptará en su estatuto general una estructura que comprenda entre otras, la existencia de un consejo superior universitario y un consejo académico, acordes con su naturaleza y campos de acción.

PARÁGRAFO. La dirección de las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, corresponde al rector, al consejo directivo y al consejo académico. La integración y funciones de estos consejos serán las contempladas en los artículos 64, 65, 68 y 69 de la presente ley.

(...)

ARTÍCULO 67. Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.”

Por su parte, el artículo 68 de la Ley 30 de 1992 preceptuó:

“ARTÍCULO 66. El Rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el Consejo Superior Universitario. Su designación, requisitos y calidades se reglamentarán en los respectivos estatutos.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La designación del Rector de las instituciones estatales u oficiales que no tienen el carácter de universidades de conformidad con la presente Ley se efectuará por parte del Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde según el caso, de ternas presentadas por el Consejo Directivo. El Estatuto General determinará los requisitos y calidades que deben reunir los candidatos y los procedimientos para la integración de esta terna, en los cuales deberá preverse la participación democrática de la comunidad académica.”

Por consiguiente, tratándose de instituciones de educación superior, será necesario remitirse a lo señalado en los estatutos de la determinada institución, pues en virtud de la autonomía universitaria, les corresponde darse sus propias directrices.

Por lo anterior, solo será procedente interpretar de manera general las inhabilidades para postularse como candidato a la alcaldía de un municipio, relacionadas al parentesco con un funcionario público:

1. Inhabilidad para ser elegido alcalde

Al respecto, la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” señala:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

4. 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.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme al artículo transcrito, puede inferirse que 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 (padres, hijos, hermanos, nietos y abuelos), 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.

Cabe recordad que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre hermanos es del segundo grado de consanguinidad.

1. Ejercicio de autoridad

Ahora bien, frente a lo que se entiende por cargos con ejercicio de autoridad la Ley 136 de 1994 establece:

“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).

Con relación al tema, 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.

(...)

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. (...)" (Subrayado fuera de 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:

"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.

5. 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 Republica, 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.*

(...)

d) *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.

e) *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).

Siguiendo con la tesis anteriormente descrita, el Consejo de Estado mediante sentencia dentro del proceso número 760012331000200304840 01 de 18 de julio de 2005 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronunció frente a la autoridad administrativa señalando lo siguiente:

"Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa."

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 el de gobernador o alcalde en el nivel municipal.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene de revisar las facultades que tenga en el ejercicio de un cargo, es decir, que éstos impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

En este orden de ideas, deberá tener en cuenta si el correspondiente empleo implica la facultad de celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente 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 municipio; toda vez que si un empleado público ejerce jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en la jurisdicción de un municipio en el cual su pariente desea aspirar como alcalde, deberá presentar renuncia a su cargo antes de los doce (12) meses que preceden la respectiva elección.

Así mismo, deberá tener en cuenta que 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 quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de poder establecer si en el presente caso se presenta alguna inhabilidad para aspirar al empleo de Alcalde, conforme a las normas y jurisprudencia que se han dejado citadas, podrá acudir a los respectivos estatutos del ente universitario, para determinar si conforme a la naturaleza de la universidad pública y de acuerdo a lo señalado en sus reglamentos, su hermano como rector de dicha institución ejerce autoridad política, administrativa, civil o militar; o si como representante legal del mismo, administró tributos, tasas o contribuciones.

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

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.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

D Castellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:53:05