



# Concepto 319251 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000319251\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000319251

Fecha: 21/07/2020 09:10:30 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Inhabilidad para aspirar a una curul en el Congreso por ser hermano de gobernador. RAD. 20209000298892 del 9 de julio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si podría un hermano de un gobernador actual, aspirar a ser Congresista en las próximas elecciones a Congreso que se realizarán en marzo de 2022, fecha para la cual el gobernador aun estaría desempeñando su cargo, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre las inhabilidades de los Congresistas, el artículo 179 de la Constitución Política, dispone:

“ARTÍCULO 179. No podrán ser congresistas:

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)”

De acuerdo con lo establecido en la norma transcrita, para que se configure la inhabilidad, deben reunirse los siguientes presupuestos:

1. La existencia de vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con funcionarios públicos.

2. Que el ejercicio de autoridad civil o política por parte de dicho servidor público.
3. Que la autoridad debe ser ejercida en la circunscripción territorial en la cual debe efectuarse la elección.
4. El factor temporal dentro del cual el servidor (pariente del congresista) debe estar investido de dicha potestad.

En cuanto al primer elemento de la inhabilidad, debe señalarse que, según lo enunciado en su consulta, quien aspira a ser Congresista es hermano de un Gobernador, por lo que en los términos de los artículos 35 y siguientes del Código Civil, éstos se encuentran en el segundo grado de consanguinidad, lo que significa que se configura el presupuesto de la prohibición en lo referente al grado de parentesco.

Frente a los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa, éstos se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994:

“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.”

Sobre este particular, el Consejo de Estado, en sentencia con radicación número 13001-23-31-000-2003-00024-01(3520), del 14 de abril de 2005, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, afirmó:

“Por autoridad administrativa podría entenderse como el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el

cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.

En relación a la autoridad administrativa, el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, describe de la siguiente manera las funciones que corresponden a la Dirección Administrativa:

“ARTÍCULO 190. DIRECCION 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.”

Específicamente el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en la norma invocada por el demandante, que el Tribunal consideró probada en este caso, implica poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, como lo señala la jurisprudencia referida, o como lo describió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden 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 y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil”.

El apelante cuestiona la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto encontró probada la inhabilidad prevista en numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, con el argumento aludido en su contestación de la demanda, de que cuando el señor Jorge Elías Ortiz Romero ejerció como Secretario de Salud de Calamar, en calidad de encargado, el Alcalde Municipal suspendió las funciones atribuidas a ese cargo, y las asumió él directamente.

Dicha afirmación no tiene ningún respaldo probatorio, puesto que de una parte el acto de nombramiento no hizo ninguna salvedad en cuanto al ejercicio de las funciones, ni lo podía hacer, porque la definición de las funciones del cargo es de carácter reglamentario conforme al artículo 122 de la Constitución Política, según el cual todo empleo público debe tener funciones predeterminadas”. (Destacado nuestro)

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 de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994, 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; por lo que en el caso bajo estudio, se colige que los Gobernadores ejercen autoridad administrativa.

Por último, en cuanto a los aspectos relacionados con los factores territorial y temporal de la inhabilidad, la Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03209-00(PI), explicó:

#### “2.7.1.4. De la circunscripción territorial

En una primera oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que la causal de inhabilidad que ahora se estudia, se materializaba únicamente si el cargo ejercido por el pariente tenía autoridad en todo el departamento, de suerte que si ejercía autoridad en uno de sus municipios la inhabilidad no era aplicable.

Posteriormente, la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 2 de mayo de 2018, con base en los fines de la unificación consagrados en el artículo 270 del CPACA, estableció en cuanto al factor territorial de la inhabilidad referida, que *«el vínculo de que trata dicha disposición recae sobre personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por la cual se surte la elección, o con aquéllas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista»* .

#### 2.7.1.5. Del factor temporal

La causal de inhabilidad dispuesta en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, en su literalidad no establece una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera, como sí ocurre con otras causales que señalan con precisión que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hayan sido condenados penalmente en cualquier época, entre otras; circunstancias estas en que se tiene certeza a partir de qué momento empieza a contar la inhabilidad y cuando cesa.

Así las cosas, en atención a que respecto de la causal referida la Constitución Política no establece un límite temporal, en reciente jurisprudencia de la Sala Plena, se unificó la tesis relacionada con que *«se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política que se ajuste al propósito regulatorio de las inhabilidades y produzca efectos jurídicos en atención a la mayor garantía de los principios y valores democráticos protegidos por la Constitución, y ello se logra bajo el entendimiento de que la inhabilidad se configura si el pariente del candidato o del elegido ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive»*.”

Por consiguiente, según la jurisprudencia transcrita, en lo que atañe al factor territorial, el vínculo de que trata la prohibición constitucional, recae sobre personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por la cual se surte la elección, o con aquéllas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista.

Finalmente, en lo que respecta al factor temporal, esa Corporación estableció que como la norma Constitucional no dispuso con precisión el lapso dentro del cual rige la prohibición, debe entenderse que ésta se configura si el pariente del candidato ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica concluye que en la situación planteada en su consulta, se configurará la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, si al momento de la inscripción del candidato al Senado y hasta la fecha de su elección, inclusive, su hermano está ejerciendo como Gobernador, en los términos que se han dejado señalados en esta concepto.

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”: <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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:33*