



Función Pública

Concepto 087851 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000087851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000087851

Fecha: 12/03/2021 12:29:10 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Inhabilidad para aspirar a una curul en el Congreso por ser sobrino de gobernador. RAD. 20212060112352 del 2 de marzo de 2021.

El Consejo Nacional electoral, mediante el oficio No. CNE-AJ-2021-0184 del 24 de febrero de 2021, remitió su solicitud mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitada una persona para aspirar a la cámara de representantes que tiene parentesco (sobrino) con el gobernador que actualmente ostenta el 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.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección

(...)

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”.

(...)”

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 sobrino de un Gobernador, por lo que en los términos de los artículos 35 y siguientes del Código Civil, éstos se encuentran en el tercer 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 la 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 la 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. Adicionalmente, señala que la autoridad administrativa implica poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad, incluyendo como ejemplo a los gobernadores.

En cuanto a la circunscripción para efectos de la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución, la misma Corporación Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia emitida el 21 de julio de 2015 dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI), indicó lo siguiente:

“La causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, según jurisprudencia reiterada de la Corporación, se estructura bajo los siguientes supuestos:

i) El candidato al Congreso debe tener vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con ii) un funcionario que ejerza autoridad civil o política, iii) siempre que lo anterior ocurra en la correspondiente circunscripción territorial, iv) también existe una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera dicha inhabilidad, no explicitado en la causal quinta³⁷.

Esta causal, se ha dicho, se justifica a partir de dos aspectos básicos, que son: En primer lugar, en la necesidad de que sea real y efectiva la garantía al derecho a la igualdad en la contienda electoral, la cual, según se ha explicado, se quebrantaría frente a la influencia que sobre el electorado podrían ejercer los familiares del candidato. Y, en segundo lugar, en la necesidad a su vez, de preservar la ética pública al evitar que se presente una influencia del funcionario, en su condición de pariente o allegado al candidato a favor del mismo³⁸.

(...)

3) El ejercicio de autoridad civil o política debe ocurrir en la correspondiente circunscripción territorial.

Respecto de este requisito de la inhabilidad, se destaca lo considerado por la Sala Plena, en la sentencia del 15 de febrero de 2011⁶⁴, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, providencia en la cual se analizó *in extenso*, el tercer requisito de la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política, así:

<<3.3. Tercer requisito. La autoridad civil o política se debe ejercer en la correspondiente “circunscripción territorial”.

(...)

En este sentido, si concierne a un representante a la Cámara, se debe mirar que el poder o autoridad sea ejercido en el Departamento o en alguno o varios de sus municipios. Y si se trata de un Senador, resulta aplicable lo dispuesto en los dos últimos incisos del art. 179 CP., que disponen:

“Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

“Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad

consignada en el numeral 5.” (Negrillas fuera de texto)

Según estas disposiciones, para los fines de las inhabilidades allí consagradas, la circunscripción nacional coincide con cada una de las circunscripciones territoriales excepto para la prevista en el numeral 5, que corresponde al caso examinado. Para la Sala, la norma aplicable es la primera parte del inciso inicial citado, según la cual “Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.” Esto significa que si lo prohibido por la Constitución se realiza en la circunscripción correspondiente -no importa el nivel de la entidad- entonces se configura la inhabilidad para ser congresista.

Además, esta norma se debe armonizar con los incisos primero y tercero del art. 176 de la misma Constitución, que disponen, respectivamente, que: “La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional”, y luego indica que: “Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el distrito Capital de Bogotá, conformarán una circunscripción territorial.”

De esta manera, es claro que en el departamento de Risaralda la circunscripción, para efectos electorales de la elección de Representantes a la Cámara, está conformada por el departamento, que desde luego alude a todo el territorio, con las entidades territoriales que lo componen. De este criterio ha sido la Sala Plena, quien manifestó al respecto -en un caso idéntico-, sentencia del 28 de mayo de 2002 -exps. acumulados PI-033 y PI-034- que:

“De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. En consecuencia los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y por ello está inhabilitado para inscribirse como representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en municipios del mismo departamento por el cual se inscribe.

“Por lo expuesto también debe accederse a la pérdida de investidura del congresista llamado por configurarse esta segunda causal.” (Negrilla fuera de texto)

(...).

(...)”

De acuerdo con el fallo citado, en el caso del aspirante al Congreso con 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, para ser elegido Representante a la Cámara, se configurará la inhabilidad señalada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución si la circunscripción electoral corresponde al mismo departamento y a los municipios que lo integran y por el cual se inscribe para ser elegido Representante.

En cuanto al elemento temporal, 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:

“(…)”

2.7.1.5. 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, 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.

Así las cosas, el sobrino del gobernador estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Representante a la Cámara por el mismo departamento, por cuanto su grado de parentesco (3° de consanguinidad) está incluido en la prohibición siempre y cuando el pariente (el gobernador) se encuentre desempeñando el cargo que ejerce autoridad política, administrativa y civil entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive.

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: 2024-12-12 07:59:54