



Función Pública

Concepto 096491 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000096491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000096491

Fecha: 19/03/2021 05:43:19 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Inhabilidad para aspirar a una curul en el Congreso por ser pariente en tercer grado de consanguinidad con quien ejerce el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno o Director Operativo en la Secretaría de Salud de la Gobernación. RAD. 20212060143072 del 17 de marzo de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. Si una persona que pretende llegar por primera vez al cargo de congresista (representante a la cámara) se encuentra inhabilitado para su aspiración, si tiene un tío (3 grado de consanguinidad), que ostenta el cargo de Director Operativo asignado a la Secretaría de Salud de la Gobernación del mismo Departamento y circunscripción del futuro congresista.
2. Si una persona que se proyecta llegar por primera vez al cargo de congresista (representante a la cámara) se encuentra inhabilitado para su aspiración, si tiene un tío (3 grado de consanguinidad), que funge en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno asignado a la Contraloría Distrital, que resulta ser la capital del mismo Departamento y circunscripción del futuro congresista.
3. En caso de configurarse alguna o las dos inhabilidades expuestas en líneas atrás, en qué tiempo deben renunciar ambos o un solo funcionario para que no se genere dicha situación jurídica, que le impida ser candidato a las próximas elecciones parlamentarias para el periodo constitucional 2022-2026.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a la inhabilidad para aspirar a ser elegido Congresista, 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 la norma constitucional, para que se configure la inhabilidad descrita deben concurrir los siguientes elementos:

1. Tener un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil.
2. El pariente debe ejercer autoridad civil o política.
3. El pariente debe ejercer la autoridad en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

El elemento parental se configura en los casos expuestos en la consulta, pues los tíos-sobrinos se encuentran en tercer grado de consanguinidad, incluido en la prohibición. Así mismo, en la consulta se indica que ejercen el cargo en la misma circunscripción en donde se efectuará la elección. Debe definirse entonces si los cargos indicados (Jefe de Control Interno y Director Operativo) ejercen autoridad civil o política.

En cuanto 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).

Sobre la inhabilidad contenida en el numeral 5° del Artículo 179 de la Carta y el concepto de autoridad, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en su concepto No. 2355 del 5 de diciembre de 2017, con ponencia del Consejero Édgar González López, indicó lo siguiente:

"En este orden de ideas, el concepto concluye "que las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden".

Con posterioridad, la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, introdujo los siguientes conceptos, que se han convertido en los referentes normativos más cercanos en el ordenamiento jurídico para comprender y dar alcance a los conceptos de autoridad civil y política, y que por lo tanto pueden ser empleados en este concepto¹¹ para determinar si un Viceministro ejerce autoridad civil o política en nuestro país.

(...)

Como se puede observar, de acuerdo con el Artículo 189 arriba transcrito, la autoridad política se define a través de un criterio orgánico que, a su vez, está determinado por el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno municipal, como el del alcalde, los secretarios y los jefes de departamentos administrativos, y el de las personas que ejercen temporalmente estos cargos.

Así las cosas, una aplicación de este criterio a los cargos de nivel nacional, permite concluir que poseen autoridad administrativa en Colombia todos los funcionarios que hacen parte del Gobierno Nacional, como el Presidente de la República, sus ministros, jefes de departamentos administrativos, entre otros, y las personas que asumen temporalmente estos cargos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al alcance del concepto de la autoridad civil y administrativa en los siguientes términos:

<<De los fallos y conceptos de esta corporación puede concluirse: 1) que los conceptos de autoridad civil y administrativa conservan como notas distintivas, por una parte, el poder de mando y la autonomía decisoria de los funcionarios previstos en ley o reglamento y, por otra, la correlativa sujeción y obediencia de quienes están sujetos a su autoridad. 2) de acuerdo con los Artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa los cargos que allí se mencionan y constituyen actos típicos de autoridad los que allí se enuncian; 3) además de los señalados en los Artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa aquellos cargos respecto de los cuales pueda predicarse, luego de un análisis desde el punto de vista orgánico y funcional, que tienen poder de mando y de disposición sobre los ciudadanos, sobre el personal que sirve a la administración o sobre los bienes que le son confiados para satisfacer los servicios a cargo del Estado; poder que, se insiste, obliga a los ciudadanos o a los funcionarios públicos>>¹².

Más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente¹³:

<<(…) la autoridad civil consiste "en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad que recaen sobre los ciudadanos, la comunidad en general y sobre la organización estatal en sí. Dicha manifestación de autoridad implica, por lo tanto,

dirección o mando y se expresa en la posibilidad de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento, motivo por el cual se dice que:

“la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquella que determina originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública>>¹⁴.

(...)”

De acuerdo con la norma y el citado concepto del Consejo de Estado, la autoridad política se define a través de un criterio orgánico, vale decir, supone el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno. La autoridad civil se expresa a través de la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o de la ejecución de las mismas, que denotan la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos y que corresponden el modo de obrar mismo del Estado.

Por el criterio orgánico, es claro que el Jefe de Control Interno ejerce autoridad administrativa, pues la norma incluye a este tipo de servidores como entre aquellos que detentan este tipo de autoridad al incluir el Artículo 190 a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno. No obstante, la inhabilidad para ser Congresista contenida en la causal 5ª del Artículo 179, contempla como uno de sus elementos de configuración que el pariente ejerza autoridad civil o política, dejando por fuera a aquellos que ejercen autoridad administrativa como es el caso del Jefe de Control Interno cuya actividad se enmarca en cinco funciones: valoración del riesgo, acompañamiento y asesoría, evaluación y seguimiento, fomento de la cultura del control y relación con los entes externos.

En similar situación se encuentra el pariente que desempeña el cargo de Director Operativo en la Secretaría de Salud de la Gobernación, pues si bien pertenece al nivel directivo de la entidad territorial, no ejerce autoridad política (no ejerce cargo con dicha autoridad) ni ejerce actos de poder y mando, que se desarrollen mediante típicos actos de autoridad que recaigan sobre los ciudadanos, la comunidad en general y sobre la organización estatal en sí con la posibilidad de adoptar medidas coercitivas.

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.

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

1. El pariente del Jefe de Control Interno no se encuentra inhabilitado para ser candidato y eventualmente elegido como Representante a la Cámara por cuanto su pariente ejerce autoridad administrativa, pero no autoridad civil o política, que son las incluidas en la prohibición constitucional descrita en el numeral 5° del Artículo 179.
2. Igualmente, el pariente en tercer grado de consanguinidad con el Director Operativo asignado a la Secretaría de Salud de la Gobernación, podrá postularse para ser elegido Representante a la Cámara pues aquél no ejerce autoridad civil o política.

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: 2024-09-30 14:21:48