



Concepto 138551 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000138551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000138551

Fecha: 10/04/2023 08:43:25 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Parentesco. Hermano Representante Legal de Asociación de Autoridades Indígenas. RADICACIÓN. 20232060163422 de fecha 14 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para que el hermano del Representante Legal de Asociación de Autoridades Indígenas pueda aspirar a ser alcalde en el mismo municipio, me permito manifestar lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser inscrito como candidato o elegido como alcalde municipal, la Ley 617 de 2000¹, dispone:

"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.(...)" (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido alcalde municipal o distrital quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del 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 hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de las Asociaciones de Autoridades Indígenas, el Decreto 1088 de 1993², señala:

"ARTÍCULO 1.- Aplicabilidad. Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente Decreto.

ARTÍCULO 2.- Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa."

Por último, con relación al concepto de autoridad civil y administrativa, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con número de radicales: 130012331000200700803 01 y 130012331000200700804 (acumulados) del 6 de febrero de 2009, con ponencia del Magistrado Mauricio Torres Cuervo, precisó:

"Para precisar los conceptos de autoridad civil y administrativa la Sala transcribirá apartes de la sentencia de 6 de abril de 2006, exp. 3765 en la que se estudió el alcance de dichos conceptos en la causal de inhabilidad que ocupa su atención partiendo del análisis de la Ley 136 de 1994:

"ARTÍCULO 188 ibídem:

"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.

Y sobre la dirección administrativa el artículo 190 *ibídem* establece:

"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.

Para señalar quienes ejercen autoridad...civil y dirección administrativa las normas anteriores apelan a los siguientes criterios: i). La indicación de los servidores concretos que las ejercen; ii) La indicación de clases o tipos de servidores que las ejercen; iii). Las funciones concretas a cargo de los servidores anteriores; iv). La designación de tipos de funciones.

Los criterios expuestos no permiten un entendimiento fácil del sentido de las disposiciones transcritas y exigen una interpretación que permita entenderlas como normas internamente consistentes y coherentes con el resto del ordenamiento.

En ese orden, esta Corporación ha definido la autoridad política como la que atañe al manejo del Estado que a nivel nacional es ejercida por el Presidente de la República, los Ministros y los Directores de los Departamentos Administrativos que integran el Gobierno. También ejerce autoridad política el Congreso de la República.

La autoridad civil, a su vez, ha sido entendida como aquella que, en principio, no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad, como la política y la administrativa.

La autoridad civil, ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, "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, por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la "autoridad civil" que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata".

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo también que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.

La autoridad administrativa 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.

Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada.

Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de autoridad administrativa, por lo que, para determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones.

Las definiciones anteriores, elaboradas por la jurisprudencia de la Corporación, tienen la particularidad de que utilizan expresiones genéricas para referirse a quienes ejercen las formas de autoridad señaladas, tales como "funcionarios", "servidores" "quienes desempeñan cargos". Estas definiciones atienden a un criterio material, relacionado con la clase de funciones que ejercen tales servidores, los medios de que pueden valerse para imponerlas a sus subalternos o a la sociedad y el grado de autonomía que tienen conferido para su ejercicio, más que a criterios formales tales como la denominación del cargo o la clasificación legal de los servidores.

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.”

(Destacado nuestro)

De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia precitada, según los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, 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 en la respectiva circunscripción, se obtiene del análisis del contenido funcional del empleo ejercido para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Ahora bien, es importante señalar que el Consejo de Estado, mediante sentencia dictada por la Sección Quinta el 20 de octubre de 2005, dentro del expediente con radicación No. 52001-23- 31-000-2003-01716-02(3772), con ponencia de la Magistrada María Nohemí Hernández Pinzón, precisó respecto de las autoridades que gobiernan los territorios indígenas:

“(…), a pesar de que están acreditadas las situaciones de hecho indicadas por el demandante en respaldo de la inhabilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el desarrollo de las actividades descritas no inhabilitaba al demandado para acceder al cargo de alcalde municipal, porque la mencionada norma parte del supuesto de que quien dentro de los (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad política o administrativa en el respectivo municipio, o intervenido en la ejecución de recursos de inversión, sea empleado público, calidad que no puede predicarse de las autoridades que gobiernan los territorios indígenas; es decir, la inhabilidad parte de la base de considerar que todas las actividades referidas deben desarrollarse por un sujeto cualificado que una autoridad indígena no puede ser. Veamos por qué.

a) Como se precisó en el acápite anterior, la Constitución Política y la ley otorgan a los indígenas un amplio margen de autodeterminación política y jurisdiccional, en procura del fortalecimiento y respeto de la identidad cultural de los pueblos que conforman. Es por esto que se les ha permitido diseñar su propia estructura de gobierno a partir de los usos y costumbres de las comunidades.

En consonancia con tal premisa, la misma Constitución Política y la ley excluyen de la estructura orgánica de la administración pública a quienes desempeñan funciones en las comunidades indígenas. Así se desprende de los elementos constitutivos y las características esenciales del empleo público, contenidos en los artículos 122 y siguientes de la Carta:

“ARTÍCULO 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

“(…)

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“(…)

“ARTÍCULO 125.- Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(…)”.

De las disposiciones transcritas deviene que las autoridades indígenas no son empleados públicos, porque no tienen funciones detalladas en la ley o reglamento, como lo exige el artículo 122 constitucional; por el contrario, desarrollan las funciones que la comunidad acuerde en asignarles, dentro de los parámetros señalados por la Constitución Política.

Tampoco están dentro de los servidores públicos de que trata el artículo 123 ibídem, porque no son empleados o trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

De igual forma, escapan a las modalidades de empleo público, toda vez que no acceden al cargo de autoridad indígena por medio del régimen de carrera administrativa, ni por libre nombramiento y remoción que disponga un funcionario público nominador, ni a través del sistema electoral general, sino que son escogidos por el consenso de los miembros de la comunidad a la que pertenecen, aplicando su propio sistema electoral.

b) Siguiendo la perspectiva trazada por el Constituyente, la Ley 909 de 2004 señala en el artículo 1° que: “Quienes prestan servicios personales

remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública.

(...)”

(Resalta la Sala).

El mismo artículo indica cuáles empleos públicos hacen parte de la función pública, a saber: “a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.”.

Con base en lo anterior, también surge con claridad que quienes ejercen autoridad en una comunidad indígena no hacen parte de la función pública ni adquieren la calidad de empleado público, habida cuenta que la actividad que desempeñan no es remunerada, así como tampoco se encuentran vinculados legal o reglamentariamente a la planta de personal de un organismo o entidad de la administración pública.

c) La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado también apoya la premisa esbozada en el sentido de que las personas que fungen como autoridades indígenas no son empleados públicos. El Alto Tribunal Constitucional define los servidores públicos (noción que comprende al empleado público) como “las personas naturales, vinculadas mediante una relación de servicio -con o sin subordinación laboral-, que desarrollan las funciones públicas que corresponden a las competencias de las ramas del poder público y de los órganos que las integran y de los que gozan de autonomía.”

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha conceptuado que: “Los empleados públicos ingresan al servicio mediante nombramiento, su vinculación es legal y reglamentaria, el ejercicio de la función está precedido de la posesión del cargo y, por regla general, el régimen de ingreso, de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa.”

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha abordado la noción de empleado público en atención al tipo de actividad del cargo, a la clase de vinculación y a la naturaleza de la entidad u organismo público en cuya planta de personal se encuentra el empleo.

Se observa, entonces, que ninguno de los elementos propios de la noción de empleado público identificados por la jurisprudencia constitucional y administrativa se predica de una autoridad indígena, en tanto que no están vinculadas mediante una relación de servicio ni desarrollan funciones públicas que correspondan a las ramas del poder público ni se trata de un cargo que haga parte de la planta de personal de una entidad u organismo público.

Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil con ocasión de una consulta elevada por el Ministerio del Interior en relación con la aspiración de las autoridades indígenas a cargos de elección popular:

“...los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ibídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a estos la calidad de servidores públicos.

(...)”

“De esta manera, los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994, tampoco son predicables de los gobernadores indígenas y demás miembros del Cabildo, quienes no son -empleados oficiales¿¿, ni desempeñan cargo alguno de los aludidos.

(...)”.

(Negrillas de la Sala).

La Sala considera, en consecuencia, que el gobernador de un cabildo indígena no tiene la calidad de empleado público; antes bien, es la autoridad de una organización atípica que desarrolla una actividad comunitaria según sus propios usos y costumbres.

Y, si bien es cierto que la Constitución Política confiere identidad política a las comunidades indígenas, lo cierto es que no hacen parte de la estructura orgánica de la administración pública, puesto que su reconocimiento como entidades territoriales propiamente dichas está en suspenso hasta que se expida la ley de ordenamiento territorial. De ahí que no pueda extrapolarse a quienes gobiernan al interior de organizaciones indígenas, las exigencias, condiciones y requisitos de los empleos públicos previstos en la legislación nacional.

Por lo tanto, los cargos del demandante relacionados con la supuesta actuación del demandado como ordenador del gasto al manejar el presupuesto del resguardo indígena, y como autoridad administrativa al adjudicar parcelas a miembros de la comunidad, carecen de respaldo jurídico, porque tales conductas se predicen de quien tiene la calidad de empleado público, la que no adquirió el señor Germán Bernardo Carlosama López por haber sido Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama.” (Destacado nuestro)

Con base en la jurisprudencia citada, esta Dirección Jurídica concluye que los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa

previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, no son predicables de los Representantes Legales de las Asociaciones de Autoridades Indígenas, toda vez que no se les considera empleados públicos.

Por lo tanto, con los argumentos hasta aquí expuestos, se infiere que el hermano del Representante Legal de una Asociación de Autoridades Indígenas, no está inhabilitado para aspirar a ser alcalde en el respectivo municipio por cuanto, aunque tienen vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad, éste no es empleado público que ejerza autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio, toda vez que éstos ejercen su autoridad en una organización atípica que desarrolla una actividad comunitaria, según sus propios usos y costumbres, de suerte que no pueden ser considerados empleados públicos, elemento requerido para que se configure la prohibición establecida en la norma para configurarse la inhabilidad.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 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.

2 Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:07:22