



Concepto 204441 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000204441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000204441

Fecha: 26/05/2023 12:20:40 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Concejal. Parentesco con Alcalde Municipal que hace parte del Consejo Directivo de la CAR. RADICACIÓN. 20232060292752 de fecha 17 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitado para aspirar a ser Diputado o Concejal, persona que tiene vinculo de parentesco en primer grado de consanguinidad (hijo) con alcalde municipal de municipio diferente pero que adicionalmente hace parte del Consejo Directivo de la CAR de la región, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas,^{1, 2} ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Una vez aclarado lo anterior, analizaremos la situación planteada frente a cada uno de los cargos de elección popular consultados.

1. Aspiración de ser Diputado.

Con relación a las inhabilidades para ser Diputado, la Ley 2200 de 2022³ establece:

“ARTÍCULO 49. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. Además de las inhabilidades establecidas en la Constitución, la ley y el Código General Disciplinario, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido diputado:

(...)

6. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer 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 departamento; 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 departamento. Así mismo, esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado consanguinidad, segundo de afinidad o Único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el departamento en la misma fecha.”

De acuerdo con la anterior disposición, no podrá ser elegido diputado quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el tercer 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 departamento.

Sobre la composición de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, la Ley 99 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 26. DEL CONSEJO DIRECTIVO. Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:

a. El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado o delegados. Corresponderá al gobernador o a su delegado presidir el Consejo Directivo. Si fuesen varios los gobernadores, los estatutos definirán lo relativo a la presidencia del Consejo Directivo;

b. Un representante del Presidente de la República;

c. Un representante del Ministro del Medio Ambiente.³

d. Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional;

e. Dos (2) representantes del sector privado;

f. Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas;

g. Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas.

PARÁGRAFO 1. Los representantes de los literales f, y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente.

PARÁGRAFO 2. En la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 70 de 1993.

(...)"

Como se aprecia, algunos miembros del Consejo Directivo son empleados públicos y otros son particulares que representan diferentes sectores.

Respecto a los integrantes del Consejo Directivo que sí tienen la calidad de empleados públicos (alcaldes), debe determinarse si el desempeño de esta dignidad supone ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar.

Respecto 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 sí 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.

ARTÍCULO 191. *Autoridad militar. A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.*

Para efectos de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el legislador, la dirección administrativa es aquella que ejercen además del alcalde, 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.

Con relación al ejercicio de autoridad, 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 (...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "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. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9).

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, supervisando 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).

Sobre 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 República, 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.

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).

En cuanto a los miembros que sí ostentan la calidad de empleados públicos, debe señalarse que el ejercicio de la autoridad administrativa, política o civil que pueda ostentar el mismo debe ser considerado de manera individual, pues la autoridad que ejerce el Consejo Directivo de una entidad pública corresponde al cuerpo colegiado y no a cada una de las personas que la integran. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente, Alberto Yepes Barreiro, en sentencia emitida el 18 de abril de 2013, dentro del proceso con Radicado No. 13001-23-31-000-2012-00010-01, indicó:

“... observa la Sala que, si bien ese acto constituye una manifestación de autoridad administrativa, en realidad lo es de la Junta Directiva pero no del demandado como delegado del gobernador.

Lo concluido encuentra sustento en que de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, funciones como la mencionada en el párrafo anterior son propias de la Junta Directiva de la respectiva Empresa Social del Estado y no de sus integrantes individualmente considerados, lo que a su vez lleva a afirmar que las decisiones administrativas las adopta la corporación y que, por tanto, se trata de una voluntad colectiva. Así lo precisó recientemente la jurisprudencia de la Sección:

“Pero la sola situación de ser miembro de la Junta Directiva de la entidad contratante [Fundación Carulla] per-se no tipifica esta inhabilidad de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Porque por dicha condición no es predicable una participación individual o personal. Quien actúa es el cuerpo corporativo o colegiado”²³, no sus integrantes autónomamente considerados.”²⁴ —

En fin, de la participación que tuvo el demandado en la sesión ordinaria de 28 de diciembre de 2010, de la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, no se configura el ejercicio de ninguna de las formas de autoridad que le imputa el accionante, ya que las decisiones son asumidas allí por una voluntad colegiada. (El subrayado es nuestro) ...

De acuerdo con lo analizado, el aspirante al cargo de diputado no estará inhabilitado por tener vínculo de parentesco con alcalde que hace parte del Consejo Directivo de la CAR, por cuanto los miembros de una junta directiva, si bien son empleados públicos, ejercen autoridad colegiada y no individual. Sin embargo, es posible que, siendo empleados públicos, en el ejercicio regular de su cargo (y no como miembro del Consejo Directivo), ejerzan autoridad. Por lo tanto, deberá el consultante verificar si el pariente de la persona que aspira a ser diputado ejerce autoridad en el departamento, de manera individual en el desempeño de su cargo, para establecer si se encuentra o no inhabilitado para acceder al cargo de diputado.

2. Aspiración de ser Concejal.

La Ley 136 de 1994⁴, dispone frente a las inhabilidades para ser elegido concejal, lo siguiente:

“ARTÍCULO 43. Inhabilidades. (Modificado por el Art. 37 de la Ley 617 de 2000) No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado concejal 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. (...). (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la anterior disposición, no podrá ser elegido concejal 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.

Teniendo en cuenta los hechos narrados en su consulta, el padre del aspirante a ser concejal es alcalde de un municipio diferente, por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que no se configuraría la inhabilidad señalada en el numeral 4 del artículo 43 de ⁴ la Ley 136 de 1994, toda vez que dicho alcalde no ejerce autoridad política, civil o administrativa en el municipio donde su hijo tiene aspiraciones al concejo.

Por último, frente al hecho de que el padre del aspirante hace parte del consejo directivo de la CAR, se reitera que teniendo en cuenta que la autoridad que se ejerce no es particular sino colegiada, tampoco se configuraría la causal de inhabilidad para aspirar a ser concejal.

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: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

²Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

³Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos.

⁴Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 16:53:32