



Función Pública

Concepto 204541 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000204541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000204541

Fecha: 26/05/2023 01:13:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Concejal. Inhabilidad para aspirar a estos cargos por parentesco y otros. RAD. 20232060280612 del 11 de mayo de 2023.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-S-2023-002752-OJ del 11 de mayo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta lo siguiente:

¿Pueden ser concejales presidentes de juntas de acción comunal?

¿Pueden ser concejales municipales, actuales jóvenes de con consejeros de juventud? 3. ¿Pueden ser concejal una auxiliar de enfermería con contrato de prestación de servicio ops?

¿Puede lanzarse de alcalde el hermano de una representante a la Cámara actual?

¿Puede lanzarse de alcalde una prima del alcalde actual por parte papá?

¿Puede lanzarse de alcalde el sobrino del alcalde?

¿Puede lanzarse de alcalde la hija de un presidente de la junta de acción comunal? Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre las inhabilidades para ser Concejal.

Respecto a las inhabilidades para ser Concejal, la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", indica lo siguiente:

"ARTÍCULO 43- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

(...)”.

De acuerdo con el numeral 2° del art anteriormente citado, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido concejal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento o municipio, respectivamente, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento o municipio.

Según lo indicado en su consulta, una persona que integra una junta de acción comunal, pretende postularse para ser elegido Concejal. Debe establecerse si por este hecho, adquiere la calidad de empleado público. Sobre estas entidades, la Ley 2166 de 2021, “*Por la cual se deroga la ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la constitución política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, y se dictan otras disposiciones*”, las define en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5. Definición de acción comunal. Para efectos de esta Ley se entenderá como acción comunal la expresión social organizada, autónoma, multiétnica, multicultural, solidaria, defensora de los Derechos Humanos, la comunidad, el medio ambiente y la sociedad civil, cuyo propósito es promover la convivencia pacífica, la reconciliación y la construcción de paz, así como el desarrollo integral, sostenible y sustentable de la comunidad, a partir del ejercicio de la democracia participativa.” (Se subraya).

“ARTÍCULO 7. Organismos de la Acción Comunal.

a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunal. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa;

(...) (Se subraya).

Según la norma en cita, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, integradas voluntariamente por los residentes de un lugar. Al ser un ente de naturaleza privada, sus integrantes no gozan de la calidad de servidores públicos y, en tal virtud, no se configura el primer elemento de la inhabilidad, esto es, que tenga la calidad de empleado público. Así, esta Dirección concluye que quien integra una junta de acción comunal no se encuentra inhabilitado para ser elegido Concejal.

Los demás elementos no serán analizados por considerarlo innecesario.

Debe realizarse el mismo análisis sobre la persona que actúa como Consejero de Juventud. Sobre la participación ciudadana, la Constitución Política de Colombia establece:

“Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.” (Se subraya).

Por su parte, la Ley Estatutaria 1622 de 2013, “*Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones*”, indica lo siguiente:

“Artículo 33. *Consejos de Juventudes*. Los Consejos de Juventudes son mecanismos autónomos de participación, concertación, vigilancia y control de la gestión pública e interlocución de los y las jóvenes en relación con las agendas territoriales de las juventudes, ante institucionalidad pública de cada ente territorial al que pertenezcan, y desde las cuales deberán canalizarse los acuerdos de los y las jóvenes sobre las alternativas de solución a las necesidades y problemáticas de sus contextos y la visibilización de sus potencialidades y propuestas para su desarrollo social, político y cultural ante los gobiernos territoriales y nacional.”

Artículo 55. *Inhabilidades*. No podrán ser elegidos como Consejeros de Juventud:

Quienes sean miembros de corporaciones públicas de elección popular.

Quienes, dentro de la entidad departamental o municipal respectiva, se hallen vinculados a la administración pública tres (3) meses antes de la elección.”

“Artículo 80. Los aspectos no regulados por esta ley que se refieran a temas electorales, inhabilidades e incompatibilidades, se regirán por las disposiciones vigentes, salvo otras disposiciones.”

La Corte Constitucional, efectuando el control formal de proyecto de Ley Estatutaria que Modifica el Estatuto de la Ciudadanía Juvenil, se pronunció mediante la Sentencia C-484 del 26 de julio de 2017, y con ponencia del Magistrado Iván Humberto Escruera Mayolo, indicó lo siguiente:

“3.2.11.4. Examen de constitucionalidad.

El artículo 14 del proyecto de ley estatutaria, modificatorio del artículo 55 de la Ley 1622 de 2013, establece dos inhabilidades: la primera que indica que no podrán ser elegidos como consejeros de la Juventud “*quienes sean miembros de corporaciones públicas*”. Esta inhabilidad se corresponde a lo que se había regulado en el ECJ con el mismo contenido y que fue declarado exequible por la Corte anotando que la inhabilidad resulta proporcional porque se debe garantizar la moralidad, transparencia e imparcialidad de quienes desarrollan las competencias asignadas a los órganos públicos. En este caso la inhabilidad se justifica ya que existe una incompatibilidad de ocupar dos funciones públicas, y en este caso la labor de consejero de la Juventud tiene que ser autónoma e independiente de cualquier otra labor como la de ser miembro de una corporación pública.

Teniendo en cuenta este precedente la Corte encuentra razonable y proporcional esta inhabilidad y se estará a lo resuelto en la sentencia C-862 de 2012 con el efecto de cosa juzgada constitucional.

Por otro lado, en cuanto al segundo numeral que establece la inhabilidad de que no podrán postularse a consejero de la Juventud quienes dentro de la entidad departamental o municipal se hallen vinculados a la administración pública 3 meses antes de la elección, la Corte constata que en este caso se modifica lo que se había dispuesto en el artículo 55 del ECJ reduciendo la inhabilidad de 1 año a 3 meses. Sobre esta modificación se debe tener en cuenta los antecedentes legislativos del proyecto de ley estatutaria en estudio, que al ser presentado por el Ministro del Interior no preveía la reducción del término de inhabilidad de 1 año a 3 meses. Dicha reducción fue propuesta por el Representante a la Cámara Béner León Zambrano Erazo, para segundo debate, estableciendo que resulta desproporcionado establecer que quien aspire al cargo de consejero y esté vinculado con la administración tenga que renunciar 12 meses antes a la elección, porque estaría obligado a buscar otro empleo en un sector diferente al público, "en donde posiblemente no le sea fácil encontrar trabajo con celeridad, ocasionando con esto una condición de vulnerabilidad de los jóvenes candidatos"⁽¹⁰⁴⁾.

Dado que el artículo examinado refiere a las inhabilidades de quienes aspiran a ser elegidos como Consejeros de la Juventud, independientemente de las razones expuestas por el legislador, se debe tener presente que la doctrina y la jurisprudencia han establecido que las inhabilidades se pueden entender como *"una circunstancia anterior a la elección, creada por la Constitución o la ley, que impiden que una persona tenga acceso a un cargo o corporación pública"*⁽¹⁰⁵⁾ y que tendrían como objetivo principal *"lograr la moralización, idoneidad, e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos"*⁽¹⁰⁶⁾. También se ha dicho que *"el fundamento de las inhabilidades pretende asegurar la libertad del elector, evitando que quien se encuentre en una situación que afecte el principio de igualdad electoral pueda concurrir a las elecciones"*⁽¹⁰⁷⁾.

(...)

Aunque los Consejos de la Juventud no son una Corporación de elección popular que haga parte de las ramas del poder público, no gobiernan ni ejercen poder político en el ente territorial respectivo, como tampoco sus miembros tienen la calidad de servidores públicos; la importancia radica en que tienen la condición de mecanismos de participación democrática de los jóvenes en los distintos niveles, *"con el objetivo de configurar la agenda de localidades, municipios, distritos y departamentos respecto de la juventud"*⁽¹¹⁸⁾. En esa medida, el legislador al fijar el régimen de inhabilidades para los aspirantes a los Consejos de la Juventud, no se encuentra compelido a que se establezcan las mismas medidas exigidas para quienes pretendan llegar a ocupar una curul en una Corporación de elección popular en la que se ejerza poder político y/o se incida directamente en las facultades de gobierno municipal o departamental. Lo que sí se debe garantizar es el respeto del principio de igualdad en el acceso a los cargos que signifiquen ejercicio de función pública, la transparencia e imparcialidad relacionada con el interés general." (Se subraya).

Como se aprecia, en el fallo mediante el cual la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria, y respecto a las inhabilidades consagradas en la norma, la corporación hace referencia a una incompatibilidad de realizar dos funciones públicas y a la dificultad de tener que *"renunciar 12 meses antes a la elección, porque estaría obligado a buscar otro empleo en un sector diferente al público"*.

Es claro entonces, de acuerdo con el pronunciamiento, que los miembros de los Consejos de Juventudes, no son servidores públicos, pero ejercen funciones públicas en virtud de lo señalado por la Constitución y la Ley.

Cabe señalar que los miembros de los Consejos Juveniles, al desempeñar las funciones públicas asignadas por Ley, adquieren una condición especial, diferente de los demás jóvenes que no gozan de esta calidad, situación que les exige un comportamiento más transparente e imparcial. Así lo ha reconocido el Consejo Nacional Electoral¹ quien, al analizar algunas situaciones específicas respecto a aquellos, como la posibilidad de que ejerzan otra función pública o suscriban un contrato, ha indicado lo siguiente:

"[...] Si bien, un Consejero Juvenil no se considera servidor público, no obstante, su cargo al derivarse de un mecanismo de elección popular, activa una incompatibilidad la cual está relacionada con no poder desempeñar funciones públicas dentro del municipio en el cual resultó electo, durante el periodo que desempeñe tal dignidad, a fin de garantizar el ejercicio autónomo, imparcial e independiente de sus funciones, así como la moralidad, transparencia y evitar el conflicto de intereses en el ejercicio de sus funciones." (Se subraya). (CNE. Concepto de Radicados 7710, 9164, 9195, 9306, 9504 de 2021 - Magistrado Hernán Penagos Giraldo)

“[...] Se puede concluir que, garantizando la moralidad, transparencia e imparcialidad de quienes desarrollan las competencias asignadas se justifica la inhabilidad, derivada de la incompatibilidad de ocupar dos funciones públicas y por tener la condición de mecanismos autónomos de participación elegidos por voto popular, no se les puede endilgar responsabilidades adicionales, por lo que dicha inhabilidad desaparece cuando se presenta renuncia a la dignidad antes de la inscripción de la candidatura al nuevo cargo o corporación pública a que se aspire.” (Se subraya). (CNE, Concepto de Radicado 2459 del 2020 - Magistrado Ponente Virgilio Almanza Ocampo)

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un consejero juvenil no se encuentra inhabilitado para aspirar a ser elegido como concejal, pues no tiene la calidad de empleado público. No obstante, como lo indica el Consejo Nacional Electoral, esta dignidad, al derivarse de un mecanismo de elección popular, activa una incompatibilidad la cual está relacionada con no poder desempeñar funciones públicas dentro del municipio en el cual resultó electo, durante el período que desempeñe tal dignidad, a fin de garantizar el ejercicio autónomo, imparcial e independiente de sus funciones, así como la moralidad, transparencia y evitar el conflicto de intereses en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, en caso de ser elegido Concejal, deberá renunciar a su dignidad de líder juvenil antes de posesionarse como miembro de la corporación.

Ahora bien, sobre la posible inhabilidad para aspirar al cargo de Concejal por ser contratista (auxiliar de enfermería con contrato de prestación de servicio), conforme con el numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, deberán concurrir las siguientes situaciones:

Que se haya suscrito un contrato con alguna entidad pública, de cualquier nivel. Que el contrato se haya sido suscrito dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

Que el contrato se ejecute en la misma entidad territorial.¹

Con respecto a la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

“En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

“...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución [²]. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”.

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

“evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal [3]."
(Subrayado fuera de texto)

También debe tenerse en cuenta que su ejecución no tenga lugar ni incidencia en el municipio de la respectiva elección, según lo establece la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante ²³sentencia con radicación número: 23001-23-33-000-2015-00461-02 y ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, oportunidad en la que señaló:

"Para resolver, en relación con el requisito que aquí se estudia, tal como lo dispone la norma, lo que se debe verificar es el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato. Al respecto la Sala ha dicho⁴:

"Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución, ⁵que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute ⁶y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos."

Entonces, para que se configure la inhabilidad no importa si el objeto contractual se cumplió o no, sino que debe estudiarse el lugar en el que debía ejecutarse o cumplirse.

Para poder establecer el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato en este caso, es necesario revisar tanto los estudios previos de conveniencia y oportunidad como el contrato en su integridad -puesto que no tiene alguna cláusula que se refiera de manera concreta al lugar de ejecución (...)". (Subrayado fuera de texto).

Según lo expuesto, se concluye:

Si la persona que pretende postularse a Concejal, suscribe un contrato con cualquier entidad pública dentro del año anterior a la elección y este se ejecuta en la entidad territorial donde aspira a ser elegido, se configurará la inhabilidad por contratación. En este caso, la renuncia a la ejecución del contrato o su cesión no hace desaparecer la inhabilidad.

Si el contrato fue firmado o suscrito dentro del año anterior a la elección, pero no se ejecuta en la entidad donde pretende ser elegido, no estará inhabilitado para acceder al cargo de elección popular. No obstante, en caso de ser elegido y continúe desarrollando el contrato, deberá renunciar a su ejecución o cederlo antes de tomar posesión del cargo, por cuanto no es viable que un servidor público tenga simultáneamente la calidad de contratista del estado.

Según lo expuesto, esta Dirección considera que el auxiliar de enfermería estará inhabilitado para acceder al cargo de Concejal, si suscribió el contrato dentro de los 12 meses anteriores a la elección y lo ejecuta en el municipio donde aspira a ser elegido.⁴⁵⁶

Sobre las inhabilidades para ser alcalde.

Para establecer si se presentan inhabilidad para postularse y/o ser elegido Alcalde, la ya citada Ley 136 de 1994, indica:

"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.

(...)

Ahora bien, según la inhabilidad contenida en el numeral 4°, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

El Código Civil colombiano establece que los hijos y los padres/madres se encuentran en primer grado de consanguinidad, es decir, que se encuentra incluido en la prohibición.

Sobre lo que debe entenderse por autoridad civil, política o administrativa, debe verificarse si el desempeño del cargo implica ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar y para ello debemos acudir a la Ley 136 de 1994⁷ que define estos conceptos en sus artículos 188 a 190. Veamos:

"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.⁷

"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 ejercen 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..” (Se subraya).

Con respecto a 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:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, dispone que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

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 Republica, 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.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar”. (Subraya fuera de texto)

Adicionalmente, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, Consejero Ponente Dr. Gustavo Aponte Santos, respecto al concepto de Autoridad Civil, Política, Administrativa o Militar, señaló lo siguiente:

“¿Qué se debe entender por ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar?

La jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, al explicar el concepto de autoridad, en la providencia del 29 de abril de 2005, señaló que ésta se ha entendido como "el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los

particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones."(5)

La autoridad puede ser de diversa naturaleza, según se trate de autoridad política, civil, administrativa y militar. La sentencia en cita (6), recoge los pronunciamientos de esta Corporación, en relación con cada uno de estos tipos de autoridad, así:

El concepto de autoridad civil ha sido expuesto por esta Corporación en varias oportunidades. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha entendido que, en principio, autoridad civil es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad (7).

Y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha sostenido que la autoridad civil es un concepto genérico de autoridad dentro del cual queda comprendido el de autoridad administrativa como especie, según se desprende de los siguientes planteamientos:

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 (...).

En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil". (8) (...)

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). (Negrilla fuera del texto).

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.

(...)

"De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 30, numeral 5, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo".

A partir de las precisiones jurisprudenciales, resulta claro, que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente en razón de las funciones asignadas a cada funcionario en la ley, el reglamento o los manuales, la jerarquía del cargo que ocupa dentro de la estructura de la administración, su grado de autonomía y poder de mando sobre la sociedad. No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla en razón de las funciones asignadas. (Negrilla fuera del texto).

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 alcaldes. El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, 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.

En ese sentido y con el fin de determinar si el cargo de Profesional Universitario objeto de la consulta, ejerce autoridad administrativa o civil, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas para ese cargo, con el propósito de analizar a la luz de las mismas si ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y/o control sobre los subordinados. 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 esta causal de inhabilidad.

Respecto a los Congresistas, para el caso específico, los Representantes a la Cámara,

"El funcionario, en rigor jurídico, es aquel servidor público que desempeña funciones públicas de manera individual y se halla investido de autoridad, jurisdicción o mando. Así lo precisó esta Sección al acudir a la noción estricta para interpretar conforme a ella una disposición local:

"(...)

Es evidente, entonces, que los diputados, lo mismo que los demás miembros de las corporaciones públicas, como lo son los congresistas y los concejales municipales y distritales, no pueden tener la calidad de funcionarios públicos, pues, de un lado, no tienen ni desempeñan funciones públicas de manera individual y del otro, no están investidos de autoridad, jurisdicción ni mando, que distinguen al funcionario público.

(...)

*En las asambleas departamentales, la autoridad está en cabeza de toda la corporación, la entidad dotada de funciones específicas por la Constitución Política. Pero la investidura del diputado, tomada en forma aislada, no aparea para su titular la calidad de autoridad, ni política, ni administrativa, ni judicial, en una palabra el diputado no es funcionario. Tampoco cabe predicar esa calidad de los diputados elevados a las dignidades de la mesa directiva porque ella proviene de la Constitución o de la ley."*²

No hay duda, entonces, de que, en estricto rigor jurídico, los miembros de las corporaciones además de que no desempeñan funciones públicas a título individual, no están investidos, en el mismo plano individual, de autoridad, jurisdicción o mando; notas características del funcionario público, según definición estricta de ese concepto." (Se resalta).

En este orden de ideas, respecto a las posibles inhabilidades para aspirar al cargo de Alcalde, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Sobre el hermano de una representante a la Cámara actual.

El elemento parental de la inhabilidad se presenta pues, conforme al Código Civil colombiano, los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad, vale decir, dentro del rango de la prohibición.

Sin embargo, un Representante a la Cámara, como miembro de una Corporación, no ejerce autoridad política, civil o administrativa por cuanto no desempeña funciones públicas a título individual, y no está investidos, en el mismo plano individual, de autoridad, jurisdicción o mando. En consecuencia, no se configura la inhabilidad para que el hermano del Representante a la Cámara se inscriba y eventualmente sea elegido como Alcalde.

Sobre la prima del alcalde actual por parte papá.

Los primos, según el Código Civil colombiano, se encuentran en cuarto grado de consanguinidad. La norma extiende la inhabilidad hasta el segundo grado de consanguinidad y, en tal virtud, los primos no están cobijados por la limitación.

En consecuencia, no se presenta la inhabilidad para que la prima del Alcalde se postule para ser elegida en ese cargo, por cuanto no se configura el elemento parental de la inhabilidad.

* Sobre el sobrino del alcalde

Como en el caso anterior - os tíos, sobrinos se encuentran en tercer grado de consanguinidad y, en consecuencia, fuera del rango de parentesco de la inhabilidad.

En tal virtud, el sobrino del Alcalde no se encuentra inhabilitado para acceder a este cargo. Sobre la hija de un presidente de la junta de acción comunal.

Como se indicó en apartes anteriores, los miembros de las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, integradas voluntariamente por los residentes de un lugar. Al ser un ente de naturaleza privada, sus integrantes no gozan de la calidad de servidores públicos y, en tal virtud, no ejercen autoridad como funcionarios.

En consecuencia, la hija del presidente de la junta de acción comunal no se encuentra inhabilitada para inscribirse y ser elegida Alcalde.

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": https://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 y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹CARTILLA DE LA JUVENTUD. Consejo Nacional Electoral.

²Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

³Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

⁴Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00700-00. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia.

⁵Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

⁶Sobre éste tópico ver, entre otras sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 27 de octubre de 2005, expediente 3850.

⁷“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:06