



Función Pública

Concepto 71941 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000071941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000071941

Fecha: 07-03-2019 08:00 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para aspirar a la alcaldía por pariente empleado público. RAD. 20192060027402 del 28 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona puede aspirar a la alcaldía de Santa Catalina-Bolívar, si su hermano ejerce como gerente de EDURBE, entidad con jurisdicción departamental y además siendo el municipio accionista de esta, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Naturaleza Jurídica de EDURBE S.A.

De acuerdo a lo señalado en la página web de la empresa, la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar -EDURBE S.A., es una Empresa Industrial y Comercial del estado, del Orden Distrital, constituida el 24 de Diciembre de 1981, mediante Escritura Número 2069 de la Notaria 2da de Cartagena, su capital es netamente público y sus socios son: El Municipio de Cartagena D. T. y C, con el 84,21% de sus acciones, el Departamento de Bolívar, el 12.65% y los treinta y un (31) municipios del Departamento de Bolívar el 3.14%.

2. Inhabilidades para ser alcalde.

La Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, señala:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme al artículo en cita, 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 (padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos), 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.

En ese orden de ideas, para el análisis de la inhabilidad que acá se cuestiona deberán estudiarse dos aspectos: primero, el vínculo de parentesco en los grados señalados; y segundo, el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa como empleado público del pariente del aspirante en el respectivo municipio.

Ahora bien, es necesario precisar que el parentesco que existe entre hermanos es en segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil.

3. Ejercicio de autoridad

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 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).

Conforme con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, los gerentes de las entidades descentralizadas, entre las que se encuentran las empresas industriales y comerciales, ejercen funciones de dirección administrativa sobre sus subordinados.

4. Factor territorial o espacial.

Con respecto al segundo elemento referido a que el ejercicio de autoridad se deba dar en el respectivo municipio, distrito o departamento en el cual se desea aspirar como candidato, impera anotar que el Consejo de Estado no ha tenido un criterio unificado pues difiere en su concepción de circunscripción, acogiendo ya sea un criterio electoral o territorial; es decir, no ha tenido una posición unánime frente a si el “departamento” comprende todas las entidades municipales que lo conforman, o si solo corresponde a la entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas.

Por ello frente al particular, esta Dirección Jurídica acoge el criterio más replicado en los años recientes, señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado, quien al resolver el recurso extraordinario de revisión en el asunto con radicado No. [11001-03-15-000-2015-00110-00](#)(REVPI) del 02 de mayo de 2018 y ponencia del Consejero William Hernández Gómez; reiteró los criterios unificados:

“(…) Reiteración de criterios de unificación

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera indispensable recordar y reiterar en esta providencia con fines de unificación previstos en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011¹ que el criterio sostenido en relación con la inhabilidad prevista en el artículo 179 ordinal 5.º de la Constitución Política respecto de los aspirantes a ser Representantes a la Cámara es aquel que fue expuesto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección del hoy recurrente, en providencia del 20 de febrero de 2012, el cual trae a colación in extenso:

“[...] En tratándose de Representantes a la Cámara, por circunscripción departamental valga la aclaración, el debate se ha suscitado en torno a si para que se estructure tal inhabilidad es preciso que esa autoridad deba cumplirse en una entidad del ámbito departamental o si también se presenta cuando se desarrolla en un cargo o empleo del ámbito municipal. [...]

La Sección Quinta, en su integración anterior al año 2007 sobre el particular sostuvo la siguiente postura:

[...]

Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

Ciertamente, la [sic] circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y, además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener “lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido.

De otra parte, toda vez que las inhabilidades son prohibiciones que restringen el derecho político a ser elegido, tales inhabilidades deben estar taxativamente consagradas y no existe ninguna norma de rango legal ni constitucional que establezca esta inhabilidad para los representantes a la cámara, por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C. P., a la cual nos

hemos venido refiriendo.”²

No obstante los precedentes que sobre este asunto tenía la Sección en su conformación de otrora, es preciso que ahora la Sala Plena, en vista que el presente caso hace parte de los primeros que la Sección Quinta en su conformación actual tiene a su cargo como proceso de nulidad electoral atinente a esa causal, unifique la línea de pensamiento que sobre el tema ha desarrollado vía procesos de pérdida de investidura, en el sentido de acoger una línea de pensamiento que se ajuste más al verdadero sentido y alcance de esta inhabilidad. (negrilla fuera de texto)

En efecto, el auténtico sentido de la causal 5ª de inhabilidad del artículo 179 de la Constitución Política debe desentrañarse examinándola junto con sus dos incisos finales, que expresan:

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

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

Con el primero de ellos queda en claro que la inhabilidad en examen, por matrimonio o por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando dicha potestad se materializa o desarrolla “...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.”. De suerte que si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si el ejercicio de autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista, pues de esta manera precisamente tiene lugar “en” la circunscripción del departamento que es a la cual corresponde la elección de Representantes a la Cámara. [negrilla fuera de texto]

Es evidente que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican las distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas por circunscripción departamental, como lo es la elección de Representantes a la Cámara, la participación de todos los electores del departamento comprende a una misma sin que se escindan los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos –que sumados conforman los del departamento a la cual dichos entes territoriales pertenecen -, los que deciden en quienes recae la representación ante el Congreso de la República.

Una interpretación en contrario no consulta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades.³

En síntesis, la Sala reitera la regla consistente en que en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, todo aspirante a la Cámara de Representantes se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido como tal si tiene vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, ya sea con personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por el cual se surte la elección, o con aquellas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista.

Criterio que ya venía siendo considerados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-2011-00637-01 y ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, que estableció lo siguiente:

“Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el artículo 30 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” al interior del territorio al que se refiere la causal de manera que no es requerimiento que la autoridad se ostente

respecto de todo el departamento, sino que basta que tal circunstancia se presente dentro o al interior de éste, así, con claridad esta Sección ha dicho que:

“Como elemento territorial, el numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece que el funcionario inhabilitante debió ejercer autoridad en el respectivo departamento (...).

“(…) la norma legal que establece la inhabilidad no exige que el funcionario haya ejercido la autoridad mediante el desempeño de un cargo del orden departamental, en forma tal que los servicios se hayan prestado de manera exclusiva en el departamento, como lo plantea el apoderado del demandado. En realidad, se exige que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo departamento, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden nacional, como en este caso.

“En efecto, el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señala que la inhabilidad se establece respecto de funcionarios que “... hayan ejercido autoridad en el respectivo departamento ...”, lo cual permite afirmar que sólo indica el territorio en el que los funcionarios deben haber ejercido la autoridad para que se conviertan en inhabilitantes para su pariente, cónyuge o compañero permanente que sea candidato o hubiere resultado elegido gobernador, más no señala el cargo que se debe desempeñar ni el orden a que pertenezca [...]”⁴. (Negritas propias del texto original).

Con la misma lógica de la sentencia en cita, y atendiendo al alcance del concepto jurídico de territorio, concluye la Sala que para que se configure el elemento espacial del caso objeto de estudio es preciso que, la autoridad se ejerza al interior del departamento de Caldas, del cual, por supuesto, hacen parte todos sus municipios, incluida su Capital.

Sobre el punto, la Sala Plena del Consejo de Estado al revisar el alcance de esta causal en lo que respecta aún a Representantes a la Cámara, cuya circunscripción electoral, al igual que la de los gobernadores, es del orden departamental ha concluido que: “de esta manera, es claro que en el departamento de Risaralda la circunscripción, para efectos electorales de la elección de Representantes a la Cámara, está conformada por el departamento, que desde luego alude a todo el territorio, con las entidades territoriales que lo componen. De este criterio ha sido la Sala Plena, quien manifestó al respecto -en un caso idéntico-, sentencia del 28 de mayo de 2002 -exps. acumulados PI-033 y PI-034- que:

“De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. En consecuencia, los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y por ello está inhabilitado para inscribirse como representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en municipios del mismo departamento por el cual se inscribe”⁶.

El anterior criterio recientemente fue ratificado el año pasado, por la Sala Plena de esta Corporación, cuando resolvió varias demandas electorales y de pérdida de investidura con fundamento en la causal de ejercicio de autoridad por parte de pariente.

En el contexto antes descrito, es claro, que el requisito espacial a que hace referencia la inhabilidad atribuida al gobernador demandado, según el cual el ejercicio de autoridad por parte de pariente debe tener lugar “en el respectivo departamento”, debe ser entendido bajo el concepto de territorio antes descrito”. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es claro que las circunscripciones nacional, departamental y municipal son independientes entre sí, y, por lo tanto, para efectos de las inhabilidades será necesario distinguirlas para cada elección, conforme los criterios establecidos por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero del 2011, radicado No. 11001-03-15-000-2010-01055-00, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, que indica:

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

conformarán una circunscripción territorial."

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

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

"Por lo expuesto también debe accederse a la pérdida de investidura del congresista llamado por configurarse esta segunda causal."

En este orden de ideas, debe distinguirse perfectamente, para comprender de manera adecuada el tema, que existen múltiples circunscripciones, algunas con fines o funciones puramente administrativas, otras con fines electorales. Las que interesan ahora son estas últimas, de las cuales las hay municipales, si se trata de elegir alcalde o concejales; departamental, si la elección es de gobernadores y diputados, además de representantes a la Cámara; o nacional, si se trata de elegir Presidente de la República o Senadores. Incluso existen circunscripciones más particulares, como acontece con la elección de ediles. En fin, para estos efectos es necesario distinguir cada elección, y adoptar la noción de circunscripción de cada caso, siendo inadecuado usar para unos efectos el concepto creado para otro.

Este es el defecto de criterio en que incurre el demandado, porque considera que la circunscripción departamental, para los fines de la elección de Representantes a la Cámara sólo incorpora las entidades del orden departamental, y por eso cree que los municipios no hacen parte de ella. La Sala advierte un error de apreciación en esta perspectiva de análisis, porque confunde la noción de "entidad territorial departamental" y "municipal" con la noción de "circunscripción electoral territorial" para los efectos de elegir representantes a la Cámara. Su visión consulta el alcance de esas expresiones, pero para fines exclusivamente administrativos, no electorales, alcance que fue definido por la Constitución Política en forma diferente, puesto que el inciso tercero del art. 176 CP. reguló directa y claramente que:

"Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento..., conformarán una circunscripción territorial."

Es decir, que el departamento en su conjunto es la circunscripción territorial, para estos efectos, y desde luego en él se incluyen los municipios que lo conforman. De no ser así, ¿dónde estarían los votantes para esa elección, teniendo en cuenta que los departamentos no tienen un territorio ni una población exclusiva y diferente al de los municipios? El tema es claro, porque este art. 176 definió directamente qué territorio comprende la circunscripción por la que se eligen los Representantes a la Cámara, por ello es que una interpretación aislada de los dos incisos finales del artículo 179 CP. resulta equivocada, pues obligatoriamente se deben armonizar con el artículo 176, que en forma puntual y precisa concreta lo que debe entenderse por circunscripción para estos efectos". (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo señalado recientemente por el Consejo de Estado, las inhabilidades objeto de estudio exigen que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo municipio, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden municipal, departamental o nacional, según corresponda.

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el gerente de EDURBE S.A. ejerció autoridad administrativa en el municipio en el cual su hermano tiene aspiraciones electorales como Alcalde, el gerente de la EICE deberá presentar renuncia a su cargo antes de los doce (12) meses que preceden la respectiva elección, con el fin de no inhabilitar a su pariente en sus aspiraciones electorales.

En caso de 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,

JOSE FERNADO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado [...] al decidir los recursos extraordinarios [...].

2. Fallo del 18 de septiembre de 2003. Proceso Electoral No. 110010328000200200007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros. 2.-

3. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 20-02-2012 Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00. Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060) Actor: Jorge Eduardo Durán Galindo y otros Acción Electoral

4. En relación con este pronunciamiento, vale la pena señalar que la Corte Constitucional, mediante la providencia T-167 del 2005, respaldó la tesis del Consejo de Estado, al considerar que no se había incurrido en vía de hecho al interpretar el numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000.

5. Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla, sentencia de 29 de abril de 2005, número de radicación 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182).

6. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Sentencia del 15 de febrero de dos mil once, Ref.: 11001-03-15-000-2010-01055-00.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:25:34