



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20216000210271
Fecha: 22/06/2021 07:23:52 p.m.

Bogotá, D.C.,

Señor
VICTOR ANDRÉS TOVAR TRUJILLO
Email: victorandrestovar@hotmail.com

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Congresista – Inhabilidad para ser Representante a la Cámara por parentesco con Alcalde - RADICACIÓN: 20212060472492 del 11 de junio de 2021.

Respetado señor Tovar:

En atención a la comunicación de la referencia remitida a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual consulta:

“¿Puede un ciudadano aspirar a la Cámara de Representantes de un departamento en el que su señora madre desempeña el cargo de alcaldesa de un municipio de ese mismo departamento, coincidiendo los periodos constitucionales?”

¿Puede un ciudadano aspirar a la Cámara de Representantes de un departamento en el que su señora madre desempeña el cargo de alcaldesa de un municipio de ese mismo departamento, coincidiendo los periodos constitucionales, aún cuando la alcaldesa se encuentre en licencia no remunerada, entre la fecha de inscripción de la candidatura a la Cámara de Representantes de su hijo y la fecha de su eventual elección?”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control, no es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, así como tampoco, le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, sobre las inhabilidades de los Congresistas, el artículo 179 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública



Para verificar la validez de este documento escanee el código QR, el cual lo redireccionará al repositorio de evidencia digital de la Función Pública

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.”

Por su parte, la Ley 5 de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 280. CASOS DE INHABILIDAD. *No podrán ser elegidos Congresistas:*

(...)

5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. 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.” (Se Destaca).

De acuerdo con lo establecido en la norma Constitucional transcrita, para que se configure la inhabilidad establecida en el numeral 5, deben reunirse los siguientes presupuestos:

- a. La existencia de vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con funcionarios públicos.
- b. El ejercicio de autoridad civil o política por parte de dicho servidor público.
- c. Que la autoridad debe ser ejercida en la circunscripción territorial en la cual debe efectuarse la elección.
- d. El factor temporal dentro del cual el servidor (pariente del congresista) debe estar investido de dicha potestad.

En cuanto al primer elemento de la inhabilidad, debe señalarse que, quien aspire a ser Congresista no podrá ser cónyuge, compañero permanente o tener vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad (**padres, hijos**, abuelos, hermanos, nietos, tíos, sobrinos) primero de afinidad (suegros, nueras o yernos), o único civil (padres o hijos adoptivos), con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Frente a los **conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa**, éstos se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994:

“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. (Destacado fuera del texto)

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."

Sobre este particular, el Consejo de Estado, en sentencia con radicación número 13001-23-31-000-2003-00024-01(3520), del 14 de abril de 2005, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, afirmó:

"Por autoridad administrativa podría entenderse como el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.

En relación a la autoridad administrativa, el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, describe de la siguiente manera las funciones que corresponden a la Dirección Administrativa:

(...)

Específicamente el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en la norma invocada por el demandante, que el Tribunal consideró probada en este caso, implica poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, como lo señala la jurisprudencia referida, o como lo describió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

"b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden 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 y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil".

El apelante cuestiona la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto encontró probada la inhabilidad prevista en numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, con el argumento aludido en su contestación de la demanda, de que cuando el señor Jorge Elías Ortiz Romero ejerció como Secretario de Salud de Calamar, en calidad de encargado, el Alcalde Municipal suspendió las funciones atribuidas a ese cargo, y las asumió él directamente.

Dicha afirmación no tiene ningún respaldo probatorio, puesto que de una parte el acto de nombramiento no hizo ninguna salvedad en cuanto al ejercicio de las funciones, ni lo podía hacer, porque la definición de las funciones del cargo es de carácter reglamentario conforme al artículo 122 de la Constitución Política, según el cual todo empleo público debe tener funciones predeterminadas". (Destacado nuestro)

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 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, 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.

Así mismo, en virtud de dichos artículos, de manera expresa se determinó que el **cargo de alcalde**, es uno de los enmarcados en la ley como los que **ejercen autoridad administrativa y política**.

En cuanto a los aspectos relacionados con los **factores territorial y temporal** de la inhabilidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019, dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03209-00(PI), explicó:

“2.7.1.4. De la circunscripción territorial

En una primera oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que la causal de inhabilidad que ahora se estudia, se materializaba únicamente si el cargo ejercido por el pariente tenía autoridad en todo el departamento, de suerte que si ejercía autoridad en uno de sus municipios la inhabilidad no era aplicable.

Posteriormente, la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 2 de mayo de 2018, con base en los fines de la unificación consagrados en el artículo 270 del CPACA, estableció en cuanto al factor territorial de la inhabilidad referida, que «el vínculo de que trata dicha disposición recae sobre personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por la cual se surte la elección, o con aquéllas 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».

2.7.1.5. Del factor temporal

La causal de inhabilidad dispuesta en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, en su literalidad no establece una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera, como sí ocurre con otras causales que señalan con precisión que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hayan sido condenados penalmente en cualquier época, entre otras; circunstancias estas en que se tiene certeza a partir de qué momento empieza a contar la inhabilidad y cuando cesa.

Así las cosas, en atención a que respecto de la causal referida la Constitución Política no establece un límite temporal, en reciente jurisprudencia de la Sala Plena, se unificó la tesis relacionada con que «se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política que se ajuste al propósito regulatorio de las inhabilidades y produzca efectos jurídicos en atención a la mayor garantía de los principios y valores democráticos protegidos por la Constitución, y ello se logra bajo el entendimiento de que la inhabilidad se configura si el pariente del candidato o del elegido ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive».” (Destacado nuestro)

Por consiguiente, según la jurisprudencia transcrita, en lo que atañe al **factor territorial**, el vínculo de que trata la prohibición constitucional, recae sobre personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por la cual se surte la elección, o con aquéllas 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.

En lo que respecta al **factor temporal**, esa Corporación estableció que como la norma Constitucional no dispuso con precisión el lapso dentro del cual rige la prohibición, debe entenderse que ésta se configura si el pariente del candidato ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la **inscripción de la candidatura al cargo** de elección popular y la fecha de **la elección del candidato**, inclusive.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica concluye que, en la situación planteada en su consulta, se configuraría la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política y de la Ley 5 de 1992, si al momento de la inscripción del candidato a la Cámara de Representante y hasta la fecha de su elección, inclusive, su madre está ejerciendo como alcalde, en los términos que se han dejado señalados en este concepto pues estaría ejerciendo **autoridad civil, política y dirección administrativa**,.

Por otro lado, señala en su consulta, segunda inquietud, que, durante el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato (factor temporal) posiblemente su pariente que ejerce autoridad civil, administrativa y política se encontrará en **licencia no remunerada**.

Al respecto, es importante destacar que el artículo 99 de la Ley 136 de 1994, sobre las faltas **temporales del alcalde**, señaló entre otras, **las licencias**.

Por su parte, el párrafo del artículo 2.2.5.5.3 del Decreto 1083 de 2015, señala que: *“Durante las licencias el empleado **conserva su calidad de servidor público** y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley.”* (Destacado nuestro)

Ahora bien, como se dijo en páginas precedentes, el ejercicio de autoridad por parte de un servidor público implica ejercer el poder público **en función de mando** para una finalidad prevista en esta Ley. El ejercicio de autoridad implica entre otras acciones **ejercer el poder de mando**, la facultad decisoria y la dirección de asuntos propios de la función administrativa, para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados.

Durante el disfrute de una licencia, si bien no se pierde la calidad de servidor público, lo cierto es que **se presenta una cesación transitoria en el ejercicio efectivo de las funciones propias** del empleo, es decir que el empleado se separa transitoriamente de su cargo, tiempo en el cual no se ejercen ninguna de las funciones asignadas.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera entonces que, un empleado que tiene a cargo el ejercicio de funciones de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, al encontrarse en el uso de una licencia, se separa temporalmente del ejercicio de su cargo, y por ende no ejerce estas funciones, es decir, no ejerce las funciones que denotan autoridad, no puede estando en licencia no remunerada ejercer **autoridad civil, política y dirección administrativa**.

En consecuencia, y para responder el objeto de consulta, el hijo de una Alcaldesa estará inhabilitado para aspirar a ser Representante a la Cámara por el departamento en el cual su pariente ejerce autoridad civil o política, en los términos del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política y del numeral 5 de la Ley 5 de 1992, si al momento de la inscripción del candidato y hasta la fecha de su elección, inclusive, su madre está ejerciendo como alcalde ejerciendo **autoridad civil, política y dirección administrativa**.

No obstante, si durante el periodo inhabilitante, el pariente que ejerce autoridad se encuentra en el uso de una licencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, no pesará sobre el candidato la inhabilidad señalada en numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política y del numeral 5 de la Ley 5 de 1992, toda vez que durante la licencia, el empleado se separa transitoriamente del ejercicio de su cargo, durante el tiempo que subsista la misma, no ejercerá las funciones propias del empleo



y por ende, no estará ejerciendo ninguna clase de autoridad.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el uso de la licencia no remunerada por parte de la alcaldesa precisamente en el periodo inhabilitante, no debe configurarse como una maniobra tendiente a burlar la prohibición constitucional y legal, pues se vería infringida la confianza legítima que busca proteger la intención del electorado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES
Director Jurídico

Aprobó: Armando López Cortes
11602.8.4