



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000146051

Fecha: 18/06/2018 11:26:56 a.m.

Bogotá D.C.

Señor:

La Ciudad

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para ser elegido Representante a la Cámara. **RAD: 2018-206-015503-2** de fecha: 13-06-2018.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública.

En atención al oficio de la referencia me permito informarle lo siguiente:

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Un Ciudadano ejerce un cargo del nivel directo en una entidad pública departamental, de acuerdo con lo anterior se consulta si un pariente suyo en segundo grado de consanguinidad se encuentra inhabilitado para aspirar a ser elegido Representante a la Cámara por el mismo departamento.

ANÁLISIS DEL CASO

Con el fin de dar respuesta a la consulta, se hace necesario analizar los siguientes aspectos:

(1) **Inhabilidad para ser elegido Representante a la Cámara.**

Frente a las inhabilidades para aspirar a ser elegido congresista, 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 ejercen 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 debe 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." (Subráyase fuera del texto)

De acuerdo con la Carta Política, no podrá ser elegido congresista la persona que tenga 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 en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección como Representante a la Cámara. Aclarando el Constituyente que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5°.

(2) Ejercicio de autoridad civil, y administrativa

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994¹ en su artículo 188, estableció como por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

- Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
- Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
- Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones

Mientras que en el artículo 190 (ibidem) estableció como dirección administrativa 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.

Este concepto de ejercicio de autoridad ha tenido un desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado a través de distintos pronunciamientos dentro de los cuales se destaca los siguientes:

Sentencia del 11 de febrero de 2008, Radicado. 11001-03-15-000-2007-00287-00-, la cual precisó que la autoridad civil se expresa por medio de (i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o (ii) por la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquellas que determinan originariamente el modo de obrar mismo del Estado.

La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios

¹ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública. Frente a la autoridad administrativa está definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, dispuso que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas, advertido que la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares.

Sentencia del 7 de diciembre de 2016, Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01 / 52001-23-33-000-2015-00840-01, señalando que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, "es necesario acudir a dos criterios fundamentales. (i) El criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan". (ii) El criterio funcional o material, el cual consiste en que otros empleos comportan el ejercicio de autoridad por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad.

(3) Condición relativa al tiempo o momento durante el cual se configura la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional.

Con relación al tiempo o momento durante el cual se configura la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 Constitucional, el Consejo de Estado en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI), Consejero ponente: Enrique Gil Botero, del 15 de febrero de 2011, dispuso lo siguiente:

"La causal quinta de inhabilidad del art. 179 CP, ofrece un problema adicional, que no tienen otras causales del mismo artículo. No señala el tiempo desde cuándo o hasta cuándo opera la inhabilidad, lo que puede dar lugar a múltiples respuestas. Otras causales de inhabilidad, en cambio, señalan, con precisión y rigor, aspectos como estos: que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hubiesen sido condenados penalmente en cualquier época, o quienes hubieren intervenido en ciertos negocios, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección², entre otros eventos; en cuyos casos la fecha a partir de la cual se empieza a contar la inhabilidad y el día en el cual cesa son claros y determinados por la misma norma.

El numeral 5, en cambio, nada dice al respecto, lo que ha dado lugar a que surjan múltiples interpretaciones sobre este tema. Así, por ejemplo, la Corporación ha manifestado que el régimen de inhabilidades, en esta causal, opera antes de la elección correspondiente y no con posterioridad a ella, porque se trata de condiciones de inelegibilidad para un cargo, según lo establece la ley 5 de 1992, al prescribir que las inhabilidades benen como propósito evitar que "sea elegido" congresista quien se encuentre incurso en ellas³. Sobre este presupuesto dijo recientemente la Corporación que:

² Proceso de art. 179 que "No podrán ser congresistas (...)".

³ La ley 5 de 1992 definió este concepto de la siguiente manera: "Art. 279. CONCEPTO DE INHABILIDAD. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo".

"Finalmente, en cuanto a la cuarta condición, prevista en el artículo 179.5 CP., relativa al tiempo, anterior o posterior, durante el cual opera la inhabilidad, resulta que la norma no es explícita sobre el tema, como sí lo es frente a otras causales, de similar estructura...

"En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

"Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

"Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que '... no podrá ser congresista' quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

*"Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la ley 5 de 1992 —ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso—, según el cual **"... No podrán ser elegidos Congresistas..."** (negritas fuera de texto) quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.*

"Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para 'ser elegido', circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

"En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debió estar desvinculada del cargo; circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso."⁴

También se debe aclarar que esta inhabilidad no se mantiene durante el tiempo que el congresista permanezca en el cargo, es decir, que una vez es elegido deja de operar la prohibición, pudiendo concurrir, en adelante, las situaciones previstas en el numeral 179.5 CP., y sin que esto acarree la sanción de pérdida de la investidura del congresista.⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto)

De conformidad con el Consejo de Estado, el tiempo o momento durante el cual se configura la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional se presenta el día en que se realizan las elecciones, es decir, a más tardar para la fecha de la elección de Congreso de la República.

(4) Análisis de las funciones del servidor público

Ahora bien, como quiera que en esta consulta no se anexaron las funciones desempeñadas por el pariente en segundo grado de consanguinidad del aspirante a la Cámara de Representante, le corresponderá al interesado analizar a la luz de las mismas si ellas implican el ejercicio de autoridad civil o administrativa en los términos anteriormente analizados.

(5) Grados de consanguinidad

Ahora bien, con relación al parentesco por consanguinidad el Código Civil señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 35. <PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD>. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre.
(...)

⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706-01.

⁵ La Sala Plena señaló en el expediente 706-01 de 2006 que "En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

"ARTICULO 37. <GRADOS DE CONSANGUINIDAD>. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí."

(...)
"ARTICULO 43. <LINEAS RECTAS DESCENDENTES Y ASCENDENTES>. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc."

De acuerdo con la norma precedente una persona se encuentra en segundo grado de consanguinidad con los hermanos.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que si el pariente en segundo grado de consanguinidad del aspirante a la Cámara de Representantes ejerce autoridad civil o administrativa en el departamento respectivo, el mismo deberá presentar renuncia a su cargo a más tardar para la fecha de la elección de Congreso de la República, lo anterior con el fin de no inhabilitar las aspiraciones electorales de su pariente de conformidad con el numeral 5 del artículo 179 Constitucional y el pronunciamiento del Consejo de Estado anteriormente citado en este concepto.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo", podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

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

Cordialmente,

Mónica L. Herrera Medina
MONICA LILIANA HERRERA MEDINA
Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Ernesto Fagua/MLH/GCJ

12602.84