

**ORGANIZACIÓN ELECTORAL
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**

RADICADO: 5230 de 2015

ASUNTO: CONSULTA SOBRE INHABILIDAD PARA
SER CONCEJAL POR PARENTESCO.

PETICIONARIO: LUIS SINISTERRA

CONSEJERO PONENTE: ALEXANDER VEGA ROCHA

FECHA DE APROBACIÓN: 23 DE JUNIO DE 2015

1. LA PETICIÓN

Por escrito radicado en esta Corporación con el número 5230, de fecha 4 de junio de 2015, el Señor LUIS SINISTERRA, eleva solicitud de consulta a esta Corporación; sobre presuntas inhabilidades para ser Concejal; en los siguientes términos:

“(...) Yo como concejal electo de Santiago de Cali, si mi hija tomaría el cargo como secretaria de despacho (valorización), de la Gobernación del Valle del Cauca. Quiero saber si eso me da inhabilidad para continuar como candidato al concejo de esta ciudad (SIC)”

2. DE LA COMPETENCIA DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL PARA ABSOLVER CONSULTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política: *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”*

Así mismo, la Constitución Política en su artículo 265, modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, dispone:

“El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa.”

El artículo 39 literal c) de la Ley 130 de 1994, dispone:

“ARTÍCULO 39 FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. *El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que se confiere la Constitución, el Código Electoral y la legislación vigente.*

(...)

c) Emitir conceptos interpretando las disposiciones legales mencionadas: y (...).

Corresponde pues, al Consejo Nacional Electoral, conforme a lo establecido en la Constitución Política y la ley, servir de cuerpo consultivo del Gobierno y emitir conceptos interpretando las disposiciones relacionadas con las materias de su competencia. Sin embargo, es preciso señalar que no es posible absolver por vía de

consulta asuntos que según la competencia de esta Corporación, son propios de un procedimiento especial, pues para el caso sub examine, de acuerdo a lo establecido por el inciso quinto del artículo 108 y el artículo 265 numeral 12 de la Constitución Política de Colombia antes transcritos, el Consejo Nacional Electoral, debe decidir sobre la revocatoria de inscripción de candidatos incurso en causales de inhabilidad.

3. CONCEPTO

En aras de Garantizar el derecho a la información del peticionario y para absolver la siguiente consulta esta Corporación considera traer a colación las siguientes normas Constitucionales, Legales junto con la Jurisprudencia relacionada con los temas objeto de estudio.

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA:

“ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

- 1) *Elegir y ser elegido*
- 2) *Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3) *Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*

4) *Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. (...)*”.

3.2. LEY 617 DE 2000.¹

“**ARTÍCULO 40 DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES:** El [artículo 43](#) de la [Ley 136 de 1994](#) quedará así:

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

1. *Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

2. *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.*

2. *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.*

¹ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en 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 distrito; 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha”.

3.3. LEY 136 DE 1994²

“ARTICULO 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.

ARTICULO 189. AUTORIDAD POLITICA: Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento

² Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

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.

ARTICULO 190. DIRECCION 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.

ARTICULO 191. AUTORIDAD MILITAR: *A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio. Para efectos de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses o dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate”.*

3.4 JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO EN CONCRETO

En lo que atañe al caso en concreto, solo puede verse en abstracto, que dadas las explicaciones de la consultante previamente expuestas, es pertinente destacar la causal No.4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617

de 2000; la Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a dicha causal ha señalado lo siguiente:

“(...) En reiterada jurisprudencia de esta Corporación se ha dicho que, para que se entienda configurada la causal de inhabilidad prevista en la norma en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos:

***a.-** Que exista un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.*

***b.-** Que el vínculo sea con un funcionario que ejerza autoridad civil, política, administrativa o militar.*

***c-** Que la autoridad civil, política, administrativa o militar hubiera sido ejercida dentro de los doce meses anteriores a la elección.*

***d.-** Que el ejercicio de esa autoridad tenga lugar en el respectivo distrito o municipio.”³*

De igual forma el Consejo de Estado ha expuesto:

“(...) En efecto, la prohibición prevista en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, está circunscrita únicamente a los empleados públicos. De esta forma, es evidente que uno de los requisitos sine qua non para que se entiendan realizadas las hipótesis que prevé la norma en comento y, por ende, se configure la causal de inhabilidad alegada como sustento de la demanda, es que la persona que se relaciona con el concejal electo hubiese sido empleado público.”⁴

³ Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación No. 15001-23-31-000-2011-00623-01. Providencia de fecha 18 de abril de Consejero Ponente Dra. Susana Buitrago Valencia.

⁴ Ibidem.

“Pero ese criterio no es admisible para dilucidar el asunto en examen, dado que no basta estar vinculado al servicio público sino que se requiere estar investido de autoridad política o haber desempeñado cargo de dirección administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección. (...)”⁵

Para abordar el tópico sobre Autoridad Administrativa nos remitimos a la Sentencia del Consejo de Estado No. 47001-23-31-000-2012-00003-01. Consejero Ponente ALBERTO YEPES BARREIRO, del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), que señala:

“AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Para identificar si un cargo o empleo público dota a su titular de autoridad administrativa, se puede acudir a los criterios orgánico y funcional / CRITERIO ORGANICO - Hace referencia a la posición jerárquica / CRITERIO FUNCIONAL - Hace referencia a las atribuciones materialmente ejercidas por el servidor público.

No obstante no existir una definición legal de la autoridad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha mantenido en la tesis de que para ello bien puede emplearse la acepción que trae el artículo 190 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, sobre la dirección administrativa. Esta disposición ha permitido señalar que para identificar si un cargo o empleo público dota a su titular de autoridad administrativa, se puede acudir a los criterios orgánico y funcional.

El primero, en el que se enlistan cargos ubicados en la cúspide de la administración pública local, tales como el alcalde, los jefes de departamento administrativo o entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales.

El funcional, en cambio, no se caracteriza por la posición jerárquica del respectivo empleo, sino por las atribuciones materialmente ejercidas por el servidor público, las

5 Ibídem.

cuales deben estar ligadas a competencias concernientes a la celebración de contratos, la ordenación del gasto, la decisión de situaciones administrativas y la potestad disciplinaria. Así las cosas, bien puede afirmarse que un servidor público ejerce autoridad administrativa, desde el punto de vista funcional, cuando la configuración competencial del cargo le permite a su titular la toma de decisiones administrativas en aspectos como la ordenación del gasto, la contratación estatal, la facultad nominadora, el poder disciplinario, etc. Es decir, que la autoridad, que no es inherente a todos los servidores públicos sino reservada a unos cuantos para la conducción de los destinos públicos, solamente la tiene quien “ejerce el mando”, quien de manera autónoma e independiente puede, según el manual de funciones, expedir actos administrativos o suscribir contratos para cristalizar cualquiera de las indicadas atribuciones.

De igual forma ostenta autoridad administrativa el empleado público que si bien no le ha sido asignada una de tales competencias en el manual de funciones, la misma le ha sido fijada en los términos del artículo 9º de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, mediante un acto de delegación, que por cierto sólo puede recaer “...en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, (...).”

Ahora bien, conforme a la normatividad y Jurisprudencia que ha sido expuesta en la parte conceptual de este escrito, señala que toda persona que desea participar en la contienda electoral para fungir como Concejal municipal, estará incurso en inhabilidad para inscribirse y ser electo, cuando se encuentre en vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y que aquella persona con la que se tenga el vínculo, ejerza algún tipo de autoridad civil, política o administrativa dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección dentro del mismo municipio al cual aspira a ser elegido Concejal.

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 otros.

El defecto de criterio considera que la circunscripción departamental, para los fines de las elecciones no incorporan las entidades del orden municipal, y por eso se cree que los municipios no hacen parte de ella.

Se 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.

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, teniendo en cuenta que los departamentos no tienen un territorio ni una población exclusiva y diferente al de los municipios.

De manera que como cada Departamento, conformará una circunscripción territorial en cualquier parte de él, en uno o varios de sus municipios, se entenderá como la

circunscripción que conforma todo el departamento, es decir, que éste es un subconjunto del total de los electores, en forma de unidad independiente para la escogencia de ciertos cargos, las inhabilidades e incompatibilidades contempladas rigen allí, de modo que lo que ellas prohíben comporta toda esa circunscripción, tanto de autoridad municipal para inhabilitar a una aspiración departamental, como departamental para inhabilitar a una municipal.

Retomando el anterior análisis, en la sentencia del 8 de septiembre de 2005, la Sección Quinta, consideró, sobre el caso de un Diputado cuyo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que:

*“es claro que esa equivalencia establecida por el constituyente entre la circunscripción nacional y las circunscripciones territoriales, descarta de plano la posibilidad de éxito de la tesis de la defensa, **puesto que la celebración de un contrato con una entidad pública para ser ejecutado o cumplido en un municipio tiene la potencialidad de inhabilitar a ese contratista para aspirar a la Duma Departamental, ya que el sentido que a esa norma se le debe dar no es otro distinto al de que la circunscripción menor se asimila a la circunscripción mayor, sin que interese por lo mismo que el contrato deba ejecutarse o cumplirse solamente en una parte del departamento.***

Aplicada esa regla general a nivel departamental, debe entenderse que la circunscripción departamental coincide con cada una de las municipales.
(Negritas fuera de texto)”

3. CONCLUSIÓN

A LA PREGUNTA 1: “(...) Yo como concejal electo de Santiago de Cali, si mi hija tomaría el cargo como secretaria de despacho (valorización), de la Gobernación del Valle del Cauca.

Quiero saber si eso me da inhabilidad para continuar como candidato al concejo de esta ciudad (SIC)”

SE RESPONDE: Que toda persona que desee inscribirse y ser elegido, para un cargo de elección popular, no podrá tener 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.**

Vale mencionar que las anteriores consideraciones de acuerdo a los interrogantes planteados por el solicitante, se emiten de manera general, por lo que no constituye la resolución a situaciones particulares y concretas que tengan la capacidad de generar efectos jurídicos vinculantes que con posterioridad pueda tener conocimiento y decisión el Consejo Nacional Electoral.

El presente concepto se rinde de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo que dispone:

*“**ARTÍCULO 25. CONSULTAS,** (...) Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución (...)”*

Aprobada en Bogotá el día veintitrés (23) del mes de junio de dos mil Quince (2015).

EMILIANO RIVERA BRAVO
Presidente

FELIPE GARCIA ECHEVERRI
Vicepresidente

ALEXANDER VEGA ROCHA
Ponente

Proyectó: JESA.
Radicado: 5230 de 2015

Ausentes: Magistrada Ángela Hernández Sandoval y Magistrado Emiliano Rivera Bravo.