



Función Pública

Concepto 200831 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000200831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000200831

Fecha: 02/12/2015 11:03:15 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Se presenta inhabilidad o incompatibilidad en la provisión de una vacante en un concejo municipal en el caso que se provea con el pariente de un concejal cuando se inscribieron por el mismo partido? RAD.: 2015-206-019361-2 del 21 de Octubre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Se presenta inhabilidad o incompatibilidad en la provisión de una vacante en un concejo municipal en el caso que se provea con el pariente de un concejal cuando se inscribieron por el mismo partido?

¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que se provea una vacante en un concejo municipal con quien es pariente primo del personero municipal?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es pertinente realizar un análisis de las normas contenidas en el artículo 134 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 01 de 2009, la Ley 617 de 2000; así como Sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado pertinentes al tema objeto de su consulta.

Inicialmente, es preciso indicar que esta Dirección Jurídica, atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional¹, ha sido consistente al manifestar que tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

1.- Ahora bien, en atención al primer interrogante de su consulta, respecto de establecer si se presenta inhabilidad o incompatibilidad en la provisión de una vacante en un concejo municipal en el caso que se provea con el pariente de un concejal cuando se inscribieron por el mismo partido, se considera procedente dividir la respuesta en dos sentidos, por un lado la pertinencia para proveer vacantes en los concejos municipales y por otra parte, la presunta inhabilidad para que dos parientes se postulen a cargos de elección popular en el nivel territorial con el aval del mismo partido o movimiento político.

Respecto de la pertinencia para proveer vacantes en los concejos municipales, la Constitución Política, señala:

“ARTICULO 134. Modificado por el A.L. 01 de 2009, art 6. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por (sic) grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política. En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El régimen de reemplazos establecido en el presente artículo se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.” (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con la anterior norma, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009, se deberá entender dos situaciones particulares:

Por un lado, que en caso que un concejal municipal cometa un delito por el cual sea investigado y juzgado por la Jurisdicción correspondiente, solo será procedente el reemplazo en el evento que el delito que se le imputa no se relacione con pertenencia, promoción o financiación de

grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

De otra parte, es preciso señalar que a partir de la expedición del Acto Legislativo arriba señalado, no se podrán contemplar faltas temporales de los concejales con excepción de las mujeres, que por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo.

Ahora bien, respecto de la inscripción por el mismo partido al cargo de concejal municipal por parte de dos parientes, es procedente indicar:

La Ley 617 de 2000, 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, expresa:

"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:

"(...)"

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.

"(...)"

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."

El Consejo de Estado en sentencia Radicación número: 070012331000200700084 01 de octubre 9 de 2008 de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, respecto a la elección de hermanos por el mismo partido, señaló lo siguiente:

"Sobre el tema es conveniente precisar que si bien es cierto esta Sección en una primera etapa sostuvo que es la segunda inscripción la que genera la inhabilidad, que sería la única que podría ser objeto de anulación porque es la que origina la coexistencia de las dos candidaturas; la tesis vigente adoptada por la Sala, determinó que la inhabilidad abarca a todas las personas que dentro, de los grados de parentesco señalados por la norma, se inscriban en cualquier momento como candidatos por el mismo partido o movimiento político, al considerar que: "la inhabilidad es recíproca, nace en el preciso instante en que se produce la segunda inscripción pero se consolida con la elección de los candidatos, de todos los que en esas condiciones irregulares resulten ungidos con los votos de la ciudadanía. Es indiferente establecer cuál de las dos inscripciones se hizo primero, puesto que la norma no hace distinciones a este respecto y tampoco le es permitido al juzgador darle un alcance que no tiene. Del factor tiempo no se ocupa la disposición que consagra esta clase de inhabilidad, sino de la coexistencia de inscripciones de las candidaturas, en forma simultánea o sucesiva, siendo esto último indiferente. Se requiere, entonces, que dentro de la misma justa electoral se inscriban dos o

más candidatos unidos por los lazos de consanguinidad o afinidad prohibidos, sin que sea determinante ni importante el orden de la inscripción; que lo hagan para la elección de cargos (como es el caso de los alcaldes) o para la de corporaciones públicas (como es el caso de los concejales); que participen por el mismo partido o movimiento político y que resulten electos."¹¹ (Subraya fuera del texto).

Desde la señalada providencia, existe en la Sala un criterio uniforme respecto de esta materia¹². Se agrega que la inhabilidad en estudio no atiende criterios temporales respecto de la inscripción porque el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no prevé que la inhabilidad se configure únicamente respecto de los parientes que inscriban su candidatura con posterioridad al primero, en otras palabras, la norma no señaló que el primer candidato inscrito esté excluido de la inhabilidad porque si, como ocurre en este caso dos hermanos resultaron elegidos, ambos con inscripciones de sus candidaturas válidas, no puede ser pasible de nulidad la elección del que se inscribió en segundo lugar y la otra incólume; en consecuencia, la inelegibilidad recae sobre todas las personas que se hayan inscrito como candidatos por el mismo movimiento o partido político para participar en las mismas elecciones en el mismo departamento, sin que importe cuál inscripción se efectuó en primer lugar."

La misma Corporación en sentencia de febrero 9 de 2006, Expedientes No. 080012331000200400093-02, Sección Quinta, Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN manifestó, en cuanto a la elección de parientes en una misma circunscripción territorial por diferente partido, expuso:

"Esta inhabilidad, está dirigida a conjurar el nepotismo político, evitando que se sigan sucediendo las dinastías electorales, donde miembros de una misma familia se valen del poder electoral de uno, de sus parientes para conquistar los cargos de elección popular, lo que en verdad viene a quebrantar el principio de la igualdad que debe reinar en todo proceso electoral- El punto ya fue tratado por la Doctrina Constitucional/ sentando al respecto la siguiente posición jurisprudencial:

El artículo 179-6 de la C. P., reza: "No podrán ser congresistas: 6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.". Las normas acusadas, en realidad, se limitaron a extender la inhabilidad establecida por la Constitución para los congresistas, a los alcaldes y concejales. Si bien los cargos son diferentes, todos poseen la nota común de la elección popular, que para los efectos de la inhabilidad es la relevante, pues como lo recuerda el Ministro de Gobierno, lo que se propuso el Constituyente fue cabalmente evitar que "se utilice la fuerza electoral de uno para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales" (Gaceta Constitucional No. 79 del 22 de mayo de 1991, p. 16).

Las normas acusadas consagran respecto de los candidatos a concejal y alcalde, una inhabilidad similar. El nepotismo y las dinastías electorales, condenados por el Constituyente, no se reducen a las que tienen proyección nacional, pues resultan igualmente perniciosas para la democracia las que tienen asiento local y florecen al amparo de la urdimbre de poder que puede emanar de unas pocas familias.

*La extrusión de la inhabilidad concebida por la Constitución para uno de los más importantes cargos electivos de carácter nacional, a la esfera de los cargos electivos municipales, puede ser vista como un desarrollo del principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos públicos. La interdicción a las dinastías electorales familiares - propósito de las normas -, es una forma de asegurar la igualdad real y efectiva entre los diferentes aspirantes a ocupar cargos de elección popular"*³

Sin embargo el propósito moralizador no debe impedir que se reconozcan y se exija la prueba de los elementos configuradores de la causal de inhabilidad, puesto que no queda a la voluntad del intérprete determinar cuándo se materializa. La causal en estudio es clara en exigir la concomitante inscripción de los candidatos - parientes "por el mismo partido o movimiento político", para elecciones que deban surtirse en la misma fecha y en el mismo municipio o distrito; así, la depuración del nepotismo es, por ahora, exigible tan solo respecto de candidatos parientes que se postulen a unas mismas elecciones por idéntico partido o movimiento político, de modo que si éstos familiares se inscriben para aspirar a cargos o corporaciones públicas de elección popular militando en distintos partidos o movimientos políticos, la inhabilidad no tiene cabida, de seguro porque las ideologías políticas no van a ser afines/ garantizando de alguna manera la imparcialidad en el manejo de los asuntos asignados a cada una de las entidades en que se sirva." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con las normas y jurisprudencia citadas, la inhabilidad se predica de parientes en segundo grado de consanguinidad que se inscriban por el mismo partido político o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo

departamento en la misma fecha.

En este orden de ideas, dando respuesta a su consulta, respecto de si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que dos primos puedan postularse por el mismo partido para ser elegidos como concejales del mismo municipio, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, para que se configure la inhabilidad deben acreditarse los siguientes supuestos: (i) el parentesco; (ii) que los parientes se inscriban como candidatos por el mismo partido o movimiento político; (iii) que con la elección se provean cargos o corporaciones públicas del mismo territorio; y (iv) que las elecciones se realicen en la misma fecha.

A continuación, se procede a analizar el primer presupuesto indicado; es decir el parentesco, en ese sentido y una vez analizados los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, es pertinente indicar que los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad, en consecuencia se concluye que no se hallan dentro del grado de parentesco que prohíbe la ley, por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se presenta inhabilidad para que los parientes primos se postulen al cargo de concejal municipal, aun en el caso que se presenten con el aval del mismo partido o movimiento político.

CONCLUSION PRIMER INTERROGANTE

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir:

1.- Tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

2.- De acuerdo con lo descrito en el presente concepto, solo podrán ser reemplazados los concejales que han sido objeto de la aplicación de medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una corporación pública decida presentarse por un partido distinto, de lo descrito se concluye igualmente que no se podrán contemplar faltas temporales de los concejales con excepción de las mujeres, que por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo.

3.- Se encuentran inhabilitados para presentarse al cargo de concejal municipal los parientes que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad que se postulen con el aval del mismo partido o movimiento político, en ese sentido, y como quiera los primos se encuentran dentro del cuarto grado de consanguinidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, no existe inhabilidad para que se presenten al cargo de concejal, aun en el caso que hayan contado con el aval del mismo partido o movimiento político.

2.- En atención al segundo interrogante de su consulta, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que se provea una vacante en un concejo municipal con quien es pariente en cuarto grado de consanguinidad del personero municipal, me permito indicar lo siguiente:

Es importante tener en cuenta que el numeral 4) del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, arriba transcrito, señala que no podrá ser inscrito, ni elegido ni designado como concejal municipal o distrital: *"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..."*

De lo anterior puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado concejal municipal o distrital quien tenga

vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con empleados públicos que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

Ahora bien, teniendo en cuenta la anterior norma y los hechos consignados en su escrito, es pertinente analizar dos aspectos fundamentales, por un lado el grado de consanguinidad en que se encuentran los primos y en segundo lugar verificar si un personero municipal ejerce autoridad civil, política o administrativa en el municipio.

Respecto del primer presupuesto, es pertinente manifestar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del [Código Civil Colombiano](#), los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad; es decir, que no se encuentra dentro de los grados de consanguinidad que contempla el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, en razón de lo anterior, no se considera pertinente analizar el segundo presupuesto por considerar que al no cumplirse uno de ellos, no se configura la inhabilidad arriba citada.

CONCLUSION SEGUNDO INTERROGANTE

De acuerdo con lo expuesto, es pertinente indicar que como quiera que los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad; es decir que no se encuentra dentro de los grados de consanguinidad restringidos en el numeral 4) del artículo 40 de la Ley [617](#) de 2000, por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se considera que exista algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que el primo del personero municipal se posesione en el cargo como concejal municipal.

Finalmente, es preciso señalar que en caso de requerir mayor información frente al particular, respetuosamente se sugiere dirigir sus inquietudes directamente a la Dirección para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior, entidad competente para pronunciarse frente al particular.

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 FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz”

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601

600.4.8