



Concepto 464781 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000464781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000464781

Fecha: 17/09/2020 03:13:51 p.m.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Congresista - secretario de despacho como Representante a la cámara - RADICACIÓN: 20202060450472 del 14 de septiembre de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual consulta: “1. ¿siendo secretario de despacho de la gobernación del Tolima, que día debo renunciar exactamente a mi cargo como secretario de despacho para poder aspirar a la cámara de representantes por el departamento del Tolima en las elecciones nacionales a llevarse a cabo en el año 2022; y de esta manera no quedar inmerso en una inhabilidad e incompatibilidad?”, 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, no funge como ente de control, y carece de competencia 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, dichas competencias están atribuidas 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, en relación con las inhabilidades para ser elegido congresista, la Ley 5 de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, dispuso:

“ARTÍCULO 279. Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.”

“ARTÍCULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones para fiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

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.

De acuerdo al artículo anterior, no podrán ser elegidos congresistas, entre otras causales, quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Frente a lo que debe entenderse como autoridad civil, política y administrativa, la Ley 136 de 1994 precisa:

“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 sí 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.”(Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, los secretarios de despacho ejercen funciones de autoridad política y administrativa.

Sobre el particular, la Sección Quita del Consejo de Estado, mediante Sentencia 00800 del 20 de febrero de 2009², con consejera ponente:

Susana Buitrago Valencia, señaló:

2.1 Del concepto de autoridad y de autoridad administrativa

Esta Corporación ha entendido por autoridad *“el ejercicio del poder público en función de mando para una finalidad prevista en la ley y que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, faculta para el ejercicio de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. La autoridad es el poder o la potestad de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar de conformidad con la ley, dentro de los límites de la respectiva competencia”*³.

De igual forma, a juicio de esta Sección, autoridad es *“el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aun por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones”*⁴

En este orden de ideas, y en relación con el ejercicio de autoridad administrativa, que es uno de los puntos que mayor controversia ha generado en la interpretación de la citada disposición, esta Corporación ha afirmado que para efectos de que se configure la causal prevista en el numeral 4º del artículo 43 de la ley 136 de 1994 es necesario que la autoridad ejercida conlleve poderes decisorios de mando o de imposición sobre los subordinados o la sociedad, al punto que tenga la potencialidad⁵ de alterar el derecho que tienen todos los candidatos a competir en pie de igualdad para alcanzar el poder político, que es, valga la pena aclarar, lo que pretende evitar la norma.

En efecto, sobre el particular, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, general y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia.

(...)

Pero para efectos de la causal invocada en la demanda, el ejercicio de autoridad administrativa que da lugar a su configuración no se refiere al desempeño de funciones administrativa de cualquier naturaleza sino solo a aquellas que impliquen el ejercicio de poderes de mando frente a la sociedad o a los subordinados.

(...)

En ese mismo sentido se pronunció esta Sección en sentencia del 5 de junio de 2003. Exp. No. 3090. En esa oportunidad, al respecto, manifestó lo siguiente:

*“...La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.*⁶

*La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.*⁷

*Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada.*⁸

Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de

autoridad administrativa, por lo que, para determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones”.

(...)

En efecto, la integración normativa al campo departamental a título conceptual de los artículos 189 y 190¹⁰ de la ley 136 de 1994 permite concluir, *mutatis mutandi*, que los Secretarios de Despacho del Departamento, homólogos en este orden territorial de los Secretarios Municipales, ejercen autoridad política y administrativa como quiera que son las personas que integran, junto con otros funcionarios, el gobierno departamental.

Con el propósito de refutar lo dicho por la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala aclara que si bien los criterios de autoridad política y administrativa, previstos en los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994, están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que esa circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del orden departamental, como quiera que el legislador no los define en relación con dicho nivel seccional, situación que permite acudir al Estatuto Municipal a título de referente conceptual. Al respecto, en reciente fallo esta Sección se pronunció en el siguiente sentido:

(...)

“Aunque el legislador no se ha ocupado de identificar en el orden departamental qué funcionarios ejercen autoridad civil, política o administrativa, como tampoco qué ha de entenderse por ella, por conducto de la analogía prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, es factible acudir a las acepciones dadas sobre tales temas por la Ley 136 de 1994 para el nivel local.”¹²

Igualmente ha sostenido:

“En torno a los conceptos de autoridad civil o administrativa los únicos referentes legislativos se hallan en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, que pese a ser el precepto “Por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (Resalta la Sala), por analogía legis pueden ser empleados para tener una aproximación a lo que por dichos conceptos ha de entenderse en el plano departamental.”¹³

Pero no ha sido solamente la Sección Quinta la que ha mantenido esa posición integradora frente a la posibilidad de que los criterios de autoridad previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 se apliquen para otros niveles de la administración pública, distintos a los del nivel local, ya que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha admitido de vieja data y en diferentes fallos que los criterios de autoridad dispuestos en aquellas normas sirvan igualmente para determinar el contenido y alcance del régimen de inhabilidades de los congresistas (Art. 179 C.N.), cuando se decide sobre la pérdida de investidura de un Congresista de la República (Arts. 183 y 184 C.N.), acudiendo precisamente a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en otras palabras admitiendo que la analogía legis sí es de recibo en materias relativas a las inhabilidades.

(...)

Entonces, se reitera, es evidente que, por definición legal, aplicable por integración normativa a título de noción conceptual, desde el punto de vista orgánico, esto es, en su condición de miembro del gabinete departamental como Secretario de Educación y Cultura de la Gobernación del Departamento de Bolívar, dicho cargo desempeñado por el señor Javid José Benavides Aguas, conlleva el ejercicio de autoridad política. (...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento jurisprudencial y en virtud de la ley, la autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, general y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes

decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

Señala el Consejo de Estado que si bien, los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994 están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que dicha circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del orden departamental. En dicho sentido dispuso el alto tribunal que los Secretarios de Despacho del Departamento, homólogos en este orden territorial de los Secretarios Municipales, ejercen autoridad política y administrativa como quiera que son las personas que integran, junto con otros funcionarios, el gobierno departamental.

En consecuencia, como quiera que el cargo de secretario de despacho de una Gobernación es un cargo que hace parte del gobierno Departamental y, por ende, se entiende que su titular es de aquellos que como establece la norma, ejerce autoridad administrativa y política en el municipio respectivo, esta Dirección Jurídica considera que, en virtud de los hechos mencionados en su consulta, para no incurrir en la inhabilidad para aspirar a ser elegido congresista, el secretario de despacho deberá renunciar a su cargo antes de los doce (12) meses anteriores a la elección.

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

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2. Rad. No.: 13001-23-31-000-2007-00800-01 / Actor: Edgar Zuñiga Alzamora / Demandado: Concejal Del Distrito De Cartagena De Indias