



Concepto 195871 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000195871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000195871

Fecha: 27/05/2022 02:14:02 p.m.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gobernador. Inhabilidades para acceder al cargo por ser diputado. RAD. 20222060206402 del 17 de mayo de 2022.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-AJ-2022-0653 del 12 de mayo de 2022, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Un Diputado en ejercicio de sus funciones, puede aspirar a la Gobernación de su departamento o debe renunciar para dicha situación?

¿Un Diputado puede aspirar a la Gobernación siendo presidente de la Corporación?

¿Un funcionario con funciones de jefe de prensa de la Asamblea, puede aspirar al Concejo de la ciudad capital o debe renunciar al cargo? Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la posible inhabilidad de un diputado para ser elegido gobernador.

Las inhabilidades para acceder al cargo de Gobernador, están contenidas en la Ley 2200 de 2022, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos", que sobre el particular indica:

"ARTÍCULO 111. De las Inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:

(...)

Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, 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 departamento.

(...)" (Se subraya).

De acuerdo con el texto legal en cita, para que se configure la inhabilidad contenida en el inciso primero de la causal 3ª, para aspirar al cargo de gobernador, deben concurrir los siguientes elementos:

Que el aspirante haya sido empleado público.

Lo haya ejercido dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Que el cargo implique ejercicio de autoridad política, administrativa, civil o militar, en el respectivo departamento.

Respecto a la calidad de los servidores públicos, el artículo 123 de la Carta Política, indica:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Según la norma suprallegal, los servidores públicos del Estado pueden ser: miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales.

Lo diputados, si bien son servidores públicos, no son empleados públicos, sino miembros de corporación. Esto significa que el primer elemento de la inhabilidad no se configura en el caso en estudio, pues la inhabilidad está dirigida a quienes ejercieron un cargo como empleados públicos, incluyendo en este criterio al presidente de la misma corporación. Descartado este elemento, no se analizarán los restantes por considerarlo innecesario.

Así las cosas, no se configura la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el aspirante a gobernador, ejerció el cargo de diputado y por tanto no tiene la calidad de empleado público como lo indica la norma inhabilitante.

Ahora bien, la ya citada Ley 2200, sobre las incompatibilidades de los Diputados, indica:

ARTÍCULO 50. *De las incompatibilidades de los diputados.* Los diputados no podrán:

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 291 de la Constitución Política, no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.

Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el Artículo siguiente.

Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.

Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan en fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de éste.

Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.

(...)

ARTÍCULO 51. *Otras incompatibilidades.* Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

Los diputados en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio:

1.1. Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuaciones contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio de la respectiva entidad territorial, o sus organismos;

1.2. Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia.

Esta incompatibilidad se extiende desde el momento de su vinculación y hasta doce (12) meses después del retiro del servicio.

Contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales.

(...)

ARTÍCULO 53. *Inelegibilidad Simultánea*. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

PARÁGRAFO. El diputado que decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce meses antes del día de inscripciones.

Como se aprecia, la norma no estableció como incompatibilidad para los Diputados, inscribirse dentro de su período constitucional para ser elegido en otro cargo de elección popular, salvo lo señalado en el párrafo del artículo 53, que, de ser el caso, debe ser consultada Ministerio del Interior, entidad competente para absolver lo relacionado con candidatos y partidos políticos.

Adicionalmente, indica la norma que los Diputados no pueden ser elegidos para más de una corporación o cargo público, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Esta incompatibilidad es consecuente con la contenida en el artículo 179 de la Carta Fundamental, que dispone:

“ARTÍCULO 179.

(...)

Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.” (Subrayado nuestro)

Frente a la inhabilidad prevista en el numeral 8 del Artículo 179 de la Constitución Política, por parte de los diputados, concejales y ediles, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957) de fecha 13 de agosto de 2009, consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa, señaló:

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión. (...)

De conformidad con el numeral 8°, del Artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utilice la expresión "nadie podrá", para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.”. (Subrayado por fuera del texto original).

Adicionalmente, el Consejo Nacional Electoral¹, al desatar una petición de revocatoria de inscripción de un Concejal, cuyos argumentos son aplicables al caso de los Diputados, indicó lo siguiente:

“Por lo cual, es evidente que en el caso que nos ocupa, no se cumplen los elementos para que se configure las causales invocadas por el peticionario para atender a su solicitud, teniendo en cuenta que la ciudadana (...) no ostentaba la calidad de empleada pública, y de acuerdo a lo anterior, no ejercía funciones de autoridad política, civil, administrativa o militar, en el municipio de Turbaco, Bolívar. Así las cosas, no estaba en la obligación de renunciar a su curul en el concejo del referido municipio para aspirar a la alcaldía del mismo lugar.”

Pese a que a los concejales les es predicable lo prescrito por el mandato constitucional contenido en el numeral 8 del referido artículo 179, el cual indica que “*nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente*”. No obstante, en el caso que un concejal en actual ejercicio desee aspirar a un cargo

uninominal para las elecciones de 2019, se anota que los períodos constitucionales de alcalde y concejal no coinciden temporalmente, por lo que la inhabilidad del numeral 8, del artículo 179 superior tampoco se aplica.” (Se subraya).

Conforme con lo dispuesto por el CNE, un Diputado, al no gozar de la calidad de empleado público, requisito exigido para la configuración de la inhabilidad, no está inhabilitado y tampoco pesa sobre él la obligación de renunciar a su curul en la Asamblea para aspirar a la Gobernación del mismo departamento.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un Diputado no se encuentra inhabilitado para inscribirse y ser elegido Gobernador, pues la inhabilidad está dirigida a empleados públicos, calidad de la que no goza. Tampoco estará en la obligación de renunciar a su curul en la Asamblea para aspirar a la Gobernación del mismo departamento pues los períodos de Diputado y Gobernador, al ser coincidentes, no se configurará la prohibición de ejercerlos simultáneamente, pues el de Diputado termina el 31 de diciembre y, en caso de ser elegido, iniciaría el 1° de enero del siguiente año.

Sobre la posible inhabilidad de empleado que se desempeña como jefe de prensa para ser elegido concejal.

Para efectos de establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para inscribirse y ser elegido como concejal, se debe atender lo señalado por la Ley 617 de 2000², que en su artículo 40 dispone:

“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:

(...)

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.

(...).” (Se subraya).

De acuerdo con el texto legal citado, y para el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

Que haya laborado como empleado público.

Dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

Que como empleado haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

O que como empleado público (nacional, departamental o municipal), haya intervenido como ordenador del gasto en ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse en el municipio.

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, el aspirante al cargo de concejal se desempeña como jefe de prensa de la Asamblea Departamental.

Los primeros dos elementos de la inhabilidad se configuran, pues ejerce el cargo en calidad de empleada público y se encuentra en la actualidad vinculado.

Debe precisarse si el desempeño de este cargo implica ejercicio de autoridad civil, política o administrativa, para lo cual debe acudir a las definiciones consignadas en la Ley 136 de 1994. Veamos:

“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:

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 si o por delegación.

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". (Subrayado fuera de texto).

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

"La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas "quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan 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 o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar". (Subrayado fuera de texto)

La misma corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2004, Radicación número: 50001-23-31-000-2004-0008-01(PI), respecto al concepto de autoridad civil, sostuvo:

"En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 1 de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad:

"...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo

del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 íbidem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...". Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló 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. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes o allegados... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos...". (Subrayado fuera de texto)

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 fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes.

El otro aspecto que permite establecer que un funcionario público ejerce autoridad conforme lo señala la ley en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene de revisar las facultades que este tiene en el ejercicio de un cargo, es decir que estos impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, se deberá tener en cuenta si el cargo que ejerce quien aspira a ser elegido concejal, tiene la facultad de 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, o hace parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio. De ser así, el funcionario ejerce autoridad administrativa.

El consultante deberá verificar si el desempeño del cargo de jefe de mesa de la Asamblea Departamental, conforme al análisis efectuado en precedencia, implica ejercicio de autoridad civil o administrativa en el municipio. Si es el caso, en criterio de esta Dirección, estará inhabilitado para aspirar al cargo de concejal.

Por el contrario, si del análisis concluye que el jefe de mesa no ejerce autoridad, o no la ejerce en el municipio donde aspira a ser elegido, no estará inhabilitado para aspirar al cargo de concejal. No obstante, debido a la prohibición constitucional que pesa sobre todos los empleados públicos de participar en política, deberá renunciar a su cargo y su renuncia ser aceptada antes de inscribirse para las contiendas electorales.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Resolución No. 5497 del 2 de octubre de 2019. Consejo Nacional Electoral

²*"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"*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 09:56:02