



Función Pública

Concepto 211481 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000211481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000211481

Fecha: 31/05/2023 12:19:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Inhabilidad por ser esposo de Secretaria de Despacho de un municipio. RAD. 20239000286572 del 15 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si siendo su esposa Secretaria de Despacho del Municipio de Pereira Risaralda, quien presentó su renuncia al cargo días antes de la fecha de inicio a las inscripciones de los candidatos, presenta alguna inhabilidad o incompatibilidad al ser candidato a la Asamblea del departamento de Risaralda o si debió renunciar un año antes de las elecciones, me permito manifestarle lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido Diputado, la Ley 2200 de 2022, *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”*, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 49. De las inhabilidades de los diputados. Además de las inhabilidades establecidas en la Constitución, la ley y el Código General Disciplinario, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido diputado:

(...)

Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer 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 departamento; 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado consanguinidad, segundo de afinidad o Único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el departamento en la misma fecha.

(...)”. (Subrayado fuera de texto)

En el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 6° del artículo 49, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

1. Que se encuentre dentro de las modalidades y grados de parentesco.
2. Que el pariente haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
3. O que haya sido representante legal de una entidad que administre tributos, tasas o contribuciones, o de una entidad que preste servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

De acuerdo con lo informado en su consulta, es esposo de quien desempeñó el cargo de Secretario de Despacho. Por tanto, se cumple el elemento parental de la inhabilidad, pues la limitación incluye el vínculo de matrimonio y/o de unión permanente.

Ahora bien, para establecer si este cargo ejerce autoridad política, administrativa o civil, se debe acudir a los conceptos definidos en la Ley 136 de 1994, que señala:

“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.”
(Subraya fuera del texto)

Como se aprecia, es clara la norma al determinar que los Secretarios de Despacho de la Alcaldía ejercen autoridad civil y administrativa en el

respectivo municipio.

Sobre el elemento territorial de la inhabilidad, la Corte Constitucional, en su Sentencia de Control de Constitucionalidad C-396 de 2021, con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, declaró inexecutable el párrafo del citado artículo 6° de la Ley 1871 de 2017. La Corporación indica como síntesis del fallo de inexecutable, los siguientes argumentos:

“La Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, la cual interpretó la expresión “Departamento”, en el contexto de las inhabilidades de los diputados, en el sentido de entender que ella se refiere, para todos sus efectos únicamente “a Departamento como entidad pública y sus institutos y en entidades descentralizadas, no al aspecto territorial.” A juicio del actor, esta norma era incompatible con la prohibición prevista en el artículo 299 de la Constitución, en concordancia con el artículo 179 ibidem, y desbordó la competencia interpretativa del legislador, prevista en el artículo 150.1 *ibid*.

(...)

Superada la cuestión previa, la Corte planteó como problema jurídico determinar si la norma demandada, conforme a la cual, para efectos de las inhabilidades de los diputados la expresión “Departamento” debe entenderse únicamente como la entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, prescindiendo del elemento territorial, desconocía o no los límites de la facultad del legislador para interpretar las leyes (art. 150.1 CP) y la prohibición constitucional al legislador de fijar un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados que sea menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda, según lo ordenado en el artículo 299 de la Constitución Política.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte comenzó por reiterar su jurisprudencia sobre el alcance de la competencia del legislador para interpretar las leyes; prosiguió por estudiar el sentido y alcance de la prohibición al legislador de establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades menos estricto que el dispuesto por la Constitución para los congresistas; y, culminó por establecer el origen y el alcance del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 y, en especial, de su párrafo. Con fundamento en estos elementos de juicio, la Corporación juzgó la constitucionalidad de la norma demandada.

Luego de constatar que la norma acusada, que es una ley interpretativa, sí se refiere a una norma anterior, a la que le fija su sentido, la Sala encontró que dicha interpretación modificó el alcance material de las normas interpretadas desconociendo la prohibición del artículo 299 de la Constitución, por cuanto la norma demandada hace menos estrictas las causales de inhabilidad de los diputados, frente a las causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 de la Constitución para los congresistas, a partir de una interpretación restrictiva de la expresión “Departamento”. El desconocimiento de la prohibición constitucional se constató por la Corte en las causales en las cuales la aludida expresión es un elemento para configurarla inhabilidad.

En tal virtud, la Corte resolvió declarar inexecutable el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017.” (Se subraya).

Así las cosas, para efectos de interpretar el elemento territorial de la inhabilidad para ser elegido Diputado por parentesco con un funcionario que ejerce autoridad, este elemento debe entenderse como el territorio, pues las inhabilidades no pueden ser menos estrictas que las de los congresistas, en virtud de la sentencia recientemente citada.

Sobre el elemento territorial de la inhabilidad consagrada para los Representantes a la Cámara. Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado, quien al resolver el recurso extraordinario de revisión en el asunto con radicado No. 11001-03-15-000-2015- 00110-00(REVPI) del 02 de mayo de 2018 y ponencia del Consejero William Hernández

Gómez; reiteró los criterios unificados:

"(...) Reiteración de criterios de unificación

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera indispensable recordar y reiterar en esta providencia con fines de unificación previstos en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011¹ que el criterio sostenido en relación con la inhabilidad prevista en el artículo 179 ordinal 5.º de la Constitución Política respecto de los aspirantes a ser Representantes a la Cámara es aquel que fue expuesto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección del hoy recurrente, en providencia del 20 de febrero de 2012, el cual trae a colación in extenso:

"[...] En tratándose de Representantes a la Cámara, por circunscripción departamental valga la aclaración, el debate se ha suscitado en torno a si para que se estructure tal inhabilidad es preciso que esa autoridad deba cumplirse en una entidad del ámbito departamental o si también se presenta cuando se desarrolla en un cargo o empleo del ámbito municipal. [...]"

La Sección Quinta, en su integración anterior al año 2007 sobre el particular sostuvo la siguiente postura:

[...]

Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

Ciertamente, la [sic] circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener "lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección", y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido.

De otra parte, toda vez que las inhabilidades son prohibiciones que restringen el derecho político a ser elegido, tales inhabilidades deben estar taxativamente consagradas y no existe ninguna norma de rango legal ni constitucional que establezca esta inhabilidad para los representantes a la cámara, por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C. P., a la cual nos hemos venido refiriendo."²

No obstante los precedentes que sobre este asunto tenía la Sección en su conformación de otrora, es preciso que ahora la Sala Plena, en vista que el presente caso hace parte de los primeros que la Sección Quinta en su conformación actual tiene a su cargo como proceso de nulidad electoral atinente a esa causal, unifique la línea de pensamiento que sobre el tema ha desarrollado vía procesos de pérdida de investidura, en el sentido de ^{1 2} acoger una línea de pensamiento que se ajuste más al verdadero sentido y alcance de esta inhabilidad. (negrilla fuera de texto).

En efecto, el auténtico sentido de la causal 5ª de inhabilidad del artículo 179 de la Constitución Política debe desentrañarse examinándola junto con sus dos incisos finales, que expresan:

"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."

Con el primero de ellos queda en claro que la inhabilidad en examen, por matrimonio o por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando dicha potestad se materializa o desarrolla “...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.”. De suerte que si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si el ejercicio de autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista, pues de esta manera precisamente tiene lugar “en” la circunscripción del departamento que es a la cual corresponde la elección de Representantes a la Cámara. [negrilla fuera de texto]

Es evidente que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican las distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas por circunscripción departamental, como lo es la elección de Representantes a la Cámara, la participación de todos los electores del departamento comprende a una misma sin que se escindan los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos –que sumados conforman los del departamento al cual dichos entes territoriales pertenecen -, los que deciden en quienes recae la representación ante el Congreso de la República.

Una interpretación en contrario no consulta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades.³

En síntesis, la Sala reitera la regla consistente en que en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, todo aspirante a la Cámara de Representantes se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido como tal si tiene vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, ya sea con personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por el cual se surte la elección, o con aquellas que ejerzan esta misma autoridad c.”³

Conforme con lo señalado por la jurisprudencia citada, las inhabilidades objeto de estudio exigen que el empleado haya ejercido autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser Congresista.

En el mismo sentido, el elemento territorial en la inhabilidad para ser Diputado por ser pariente de un funcionario que ejerce autoridad política, civil y/o administrativa en el respectivo Departamento, deben entenderse los municipios como partes integrales del mismo.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el esposo de la Secretaria de Despacho de un municipio del departamento en el que aspirar a ser elegido como Diputado, estará inhabilitado si ejerce aquel cargo (Secretario de Despacho), dentro del año anterior a la elección.

Aun cuando la esposa haya renunciado antes de la inscripción de su esposo como candidato a la Asamblea Departamental, si lo hizo habiéndose desempeñado como Secretaria de Despacho dentro de los 12 meses anteriores a la elección, estará inhabilitado para aspirar al cargo de Diputado.

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”:
<http://www.funcionpublica.gov.co/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 y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado [...] al decidir los recursos extraordinarios [...].

²Fallo del 18 de septiembre de 2003. Proceso Electoral No. 110010328000200200007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros. 2.-

³Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 20-02-2012 Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00. Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060) Actor: Jorge Eduardo Durán Galindo y otros Acción Electoral.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:55:22