



Concepto 118851 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000118851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000118851

Fecha: 23/03/2023 11:40:55 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Gobernador. Radicado: 20232060107442 del 16 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

- 1.- *¿Puede la hija de un alcalde en ejercicio de sus funciones aspirar a la asamblea departamental dentro del mismo departamento?*
- 2.- *¿Puede el presidente de la asamblea departamental en ejercicio de sus funciones aspirar a la gobernación dentro del mismo departamento?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Así, para dar respuesta a su consulta, es preciso pronunciarnos en torno a los siguientes temas, a saber:

Pariente del alcalde como diputado

La Ley 2200 de 2022² respecto a las inhabilidades en razón de parentesco para ser elegido diputado, determina 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 de 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.

(...)

PARÁGRAFO. Interprétese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el Artículo, se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, que funcionan en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran a la respectiva entidad territorial.

De acuerdo con la norma en cita, se encuentran inhabilitados para ser elegidos en el cargo de diputado, entre otros, quienes tengan 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 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, entendido como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funcionan o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial. Por ende, aun cuando el alcalde ejerce autoridad política, civil y administrativa, dicha autoridad la ejerce en el municipio, sin que sus efectos se extiendan a todo el departamento.

Diputado como gobernador

La mencionada Ley 2200 del 2022 sobre las inhabilidades para ser gobernador, dispone:

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.

De acuerdo con la norma en cita, el ejercicio de autoridad civil, administrativa, política o militar debe ser en calidad de empleado público y, por tanto, debe establecerse si quien aspira al cargo de elección popular tiene tal carácter. De conformidad con la Carta Política (artículo 123), los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así, debe entenderse que los diputados, si bien son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados públicos y en tal virtud, la inhabilidad no le es aplicable.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, proferida el 25 de agosto de 2005, Radicado número: 23001233100020030141801, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, sobre esta inhabilidad, considera:

Ahora bien, para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Diputado dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Diputado no tiene la calidad de empleado público.

(...)

De manera que el Diputado, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública.

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Diputado debe armonizarse con el artículo 123 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Diputado, excluyéndolos de la categoría de empleados públicos.

En consecuencia, los Diputados son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Diputados sino a los servidores que son empleados públicos.

(...)

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 fuere parcialmente."

(...)

Para la Sala es claro, entonces, que la inhabilidad sub iudice se presenta cuando existe una doble vinculación o cuando un candidato aspira a ser elegido para dos cargos de elección popular cuyos periodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, y, efectivamente, es elegido.

En ese sentido, se advierte que para que se configure la causal de inhabilidad objeto de estudio es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera, relativa a la elección, pues se trata de impedir que una misma persona sea elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo. La segunda, es la simultaneidad o coincidencia de los períodos en los que se ha elegido al demandado. En otras palabras, para que se configure la inhabilidad no basta que se demuestre que una persona ha sido elegida dos veces, sino que es indispensable que se pruebe que el período de esas elecciones o nombramientos coincidieron en el tiempo.

(...)

De manera que, es claro que la inhabilidad se configura si la persona es elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente, pero dicha inhabilidad se elimina si el elegido para una corporación o cargo público presenta renuncia antes de aspirar al otro cargo o corporación para el que también hubiere resultado elegido.

Precisado lo anterior y retomando el análisis del caso planteado, se tiene que el supuesto fáctico indispensable para que se estructure la

inhabilidad es la de que efectivamente los períodos para los cuales una persona ha sido elegida, coincidan en el tiempo total o parcialmente. De modo que, si esa coincidencia de periodos no se presenta, la persona elegida no incurre en inhabilidad, así la inscripción o la elección para esa corporación o cargo público se hubiera efectuado antes de la terminación del período de la otra corporación o cargo público para el cual hubiere sido elegido.

Esto conduce a la conclusión de que no incurre en inhabilidad la persona que haya sido elegida en una corporación o cargo público sin que previamente hubiera renunciado a otro cargo o corporación para el cual igualmente hubiera sido elegido, pero cuyo período no coincida, así fuera, parcialmente, con el de la nueva elección.

En estos términos, el demandado no se encontraba obligado a renunciar al cargo de Diputado de la Asamblea del Departamento de Córdoba para aspirar a la elección como Alcalde del Municipio de San Antero, pues, como ya se anotó, los períodos para los cuales fue elegido en esa corporación y cargo público no coincidían en ningún momento en el tiempo, y, por tanto, por no presentar la renuncia no incurrió en la inhabilidad alegada (Subraya y destacado nuestro).

De conformidad con la jurisprudencia anterior, las inhabilidades relacionadas con el ejercicio de autoridad como empleado público en el respectivo departamento, para gobernador, no se aplica a quien se haya desempeñado como diputado dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el diputado no tiene la calidad de empleado público, sino que es un servidor público, como miembro de una corporación pública.

Por otro lado, frente a las restricciones de participación en política de los servidores públicos, la Ley 996 de 2005, sostuvo:

TITULO III

PARTICIPACION EN POLITICA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

(...)

ARTÍCULO 41. ACTIVIDAD POLÍTICA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS. No se aplicará a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, las limitaciones contenidas en las disposiciones de este título.

De acuerdo con lo anterior, los diputados no se encuentran inmersos en las restricciones de participación en política de que trata el Título III, de la Ley 996 de 2005, por lo que podrán hacer parte de las campañas, apoyando las candidaturas de su preferencia.

Ahora bien, el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política, consagra lo siguiente:

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.

Sobre esta prohibición constitucional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de agosto 25 de 2005, Radicación número: 23001233100020030141801, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, sostuvo:

En primer lugar, es necesario precisar que, conforme lo ha advertido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷, de esta Sección⁸ y de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación⁹, la hermenéutica literal y ideológica de esa norma superior permite deducir con claridad que esa prohibición se aplica no solamente a los congresistas sino también a todos los cargos que deben proveerse por elección popular, puesto que, de un lado, la expresión "nadie podrá" supone una regla general de aplicación imperativa y, de otro, es lógico deducir que no existe razón suficiente para aplicar esa norma solamente a los congresistas y excluir de aquella prohibición a otros cargos de elección popular. En tal sentido, es obvio que pese a que esa disposición se encuentra en el Capítulo 6° del Título VII de la Constitución, relativo a "los Congresistas", la causal también debe extenderse a los Diputados, en tanto que la referencia genérica a más de una corporación o cargo público involucra a todos los cargos de elección popular.

Para la Sala es claro, entonces, que la inhabilidad sub iudice se presenta cuando existe una doble vinculación o cuando un candidato aspira a ser elegido para dos cargos de elección popular cuyos periodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, y, efectivamente, es elegido.

En ese sentido, se advierte que para que se configure la causal de inhabilidad objeto de estudio es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera, relativa a la elección, pues se trata de impedir que una misma persona sea elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo. La segunda, es la simultaneidad o coincidencia de los períodos en los que se ha elegido al demandado. En otras palabras, para que se configure la inhabilidad no basta que se demuestre que una persona ha sido elegida dos veces, sino que es indispensable que se pruebe que el período de esas elecciones o nombramientos coincidieron en el tiempo."

"(...)"

"De manera que, es claro que la inhabilidad se configura si la persona es elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente, pero dicha inhabilidad se elimina si el elegido para una corporación o cargo público presenta renuncia antes de aspirar al otro cargo o corporación para el que también hubiere resultado elegido,

Precisado lo anterior y retomando el análisis del caso planteado, se tiene que el supuesto fáctico indispensable para que se estructure la inhabilidad es la de que efectivamente los períodos para los cuales una persona ha sido elegida, coincidan en el tiempo total o parcialmente. De

modo que si esa coincidencia de periodos no se presenta, la persona elegida no incurre en inhabilidad, así la inscripción o la elección para esa corporación o cargo público se hubiera efectuado antes de la terminación del período de la otra corporación o cargo público para el cual hubiere sido elegido.

Esto conduce a la conclusión de que no incurre en inhabilidad la persona que haya sido elegida en una corporación o cargo público sin que previamente hubiera renunciado a otro cargo o corporación para el cual igualmente hubiera sido elegido, pero cuyo período no coincida, así fuera, parcialmente, con el de la nueva elección.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la inhabilidad de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Carta, requiere de dos condiciones: la primera, relativa a la elección, pues se trata de impedir que una misma persona sea elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo. La segunda, es la simultaneidad o coincidencia de los períodos en los que se ha elegido al demandado.

En el caso expuesto en la consulta, el diputado fue elegido para el período 2020-2023, y aspirar a ser elegido gobernador para el año 2024. En tal virtud, los períodos no coinciden en el tiempo.

RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS OBJETO DE SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1.- *¿Puede la hija de un alcalde en ejercicio de sus funciones aspirar a la asamblea departamental dentro del mismo departamento?*

R/ Si bien, el alcalde tiene autoridad civil, política y administrativa, la ejerce en el municipio de la elección y no, en el departamento donde su hija, pariente en primer grado de consanguinidad, aspira a ser elegida diputada, por lo que no existe impedimento para su aspiración.

2.- *¿Puede el presidente de la asamblea departamental en ejercicio de sus funciones aspirar a la gobernación dentro del mismo departamento?*

R/ Los diputados no ejercen autoridad civil o política ni dirección administrativa, puesto que por definición constitucional no son empleados públicos sino servidores públicos; por tal razón, en criterio de esta Dirección Jurídica, teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado, el diputado que aspire a ser elegido gobernador puede hacerlo sin incurrir en inhabilidad, es decir que, no requiere renunciar al cargo de diputado, siempre que los períodos no coincidan en el tiempo.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

Fecha y hora de creación: 2025-02-16 09:43:33