



Función Pública

Concepto 007531 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000007531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000007531

Fecha: 09/01/2020 02:44:13 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de empleado público para postularse como Congresista. Radicado: 20199000397232 del 4 de diciembre de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la inhabilidad en la que podría incurrir un secretario de despacho de gobernación o alcaldía, un asesor de despacho de gobernación o alcaldía, un gerente o director de entidades descentralizadas de nivel departamental o municipal o el gerente del canal telecafé para postularse como congresista para el periodo 2022-2025.

Al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política, dispone:

«ARTICULO 179. No podrán ser congresistas: (...)

2. 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. (...)

8. 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. (...)

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». (Subraya fuera del texto)

En este mismo sentido, la Ley 5 de 1992, «Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes», establece:

«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. (...)

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. (...)

8. 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». (Subraya fuera del texto)

De conformidad con las normas anteriormente transcritas, y para el caso que nos ocupa, no podrán ser 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, estableciendo claramente la normativa que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

La Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 1994, se pronunció frente a la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, en los siguientes términos:

«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 utiliza la expresión "nadie podrá", para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos. Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación. En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política». (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la Corte Constitucional, no solo se estableció por parte del constituyente la inhabilidad de ejercer simultáneamente dos cargos para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá tener la calidad de servidor público en el momento de la inscripción como candidato al Congreso. En este evento, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que Servidor Público incurra en la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

Ahora bien, con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994, «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», determina:

«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». (Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado¹ ha señalado 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, en el siguiente sentido:

«Ahora, como dentro del proceso se debate el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa por parte del gobernador en un determinado municipio, y como quiera que para el nivel seccional el legislador no ha expedido disposiciones que definan cada uno de esos conceptos, resulta pertinente acudir a lo que sobre el particular tiene prescrito la Ley 136 de 1994 en sus artículos 188, 189 y 190, pues por tratarse de situaciones y materias análogas el operador jurídico bien puede acudir a los mismos, posición que ha sostenido la Sección de tiempo atrás:

"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.

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.

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».

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que 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 disponen 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.

5. 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 República, 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.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5º) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o alguna de las modalidades específicas que asume la autoridad». (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, 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 1º 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 ibídem) 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)

Conforme a la normativa y jurisprudencia anterior, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Para el caso del secretario de despacho tanto de la gobernación como de la alcaldía, conforme al artículo 189 de la Ley 136 de 1994, aplicable al orden departamental de acuerdo al pronunciamiento del Consejo de Estado arriba mencionado, ejercen autoridad política; razón por la cual, deben renunciar un año antes de la fecha de la elección como Congresista.
2. El asesor de despacho de gobernación o alcaldía, en principio no se encuentra enmarcado dentro de los cargos con algún tipo de autoridad; sin embargo, le corresponde al interesado analizar a la luz de las mismas si ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados y las personas jurídicas y naturales.

Para el caso objeto de consulta, si el empleado público no ejerció jurisdicción o autoridad, es decir, si este no 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; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias, no deberá presentar su renuncia a su empleo antes de los 12 meses que preceden la elección.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que los servidores públicos no podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio; por tal razón, ningún empleado público podrá intervenir en política, hasta tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación.

3. Respecto del gerente o director de entidades descentralizadas de departamento o municipio, al ejercer autoridad administrativa, de acuerdo al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, debe presentar renuncia a su empleo un año antes de las respectivas elecciones como Congresista.

4. Finalmente, respecto a la inhabilidad del gerente de Telecafé para postularse como congresista se precisa que la sociedad de televisión de Caldas, Risaralda y Quindío Ltda - Telecafé Ltda., se constituyó por medio de escritura pública número 890 del 6 de agosto de 1986 de la Notaria Única del Municipio de Villamaría (Caldas), modificada por medio de la escritura Pública 2065 del 29 de noviembre de 1990, en la misma Notaria y municipio, como sociedad de responsabilidad limitada, con la participación de INRAVISIÓN, el Departamento de Caldas, la Infi Manizales, el Departamento del Quindío, la Universidad del Quindío y el Departamento de Risaralda, como una sociedad entre entidades públicas, organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional.

Por su parte, la Ley 14 de 1991² determinó que las organizaciones regionales de televisión son entidades asociativas de derecho público del orden nacional organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-736 de 2007, manifestó:

«Para el momento en que fue adoptada la Constitución Política vigente, el concepto de descentralización administrativa por servicios ya había sido recibido en el Derecho Público colombiano. En efecto, para ese entonces numerosas normas constitucionales y legales se referían a las entidades descentralizadas o a las entidades descentralizadas por servicios, denominación que conforme a esa normatividad previa al actual régimen constitucional comprendía a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y a las llamadas entidades descentralizadas indirectas (sociedades y asociaciones entre entidades públicas, asociaciones y fundaciones de participación mixta). El constituyente entonces reconoció esta realidad, la asumió y la reguló en diversas normas de la nueva Carta. En efecto, varias disposiciones constitucionales actualmente se refieren o a las entidades descentralizadas en general, y de manera particular a las entidades descentralizadas por servicios. (...)». (Subrayado fuera de texto).

En este entendido, Telecafé es una sociedad de responsabilidad limitada regida por el derecho privado, creada por la asociación de entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del estado del orden nacional; en consecuencia, se infiere que su naturaleza jurídica corresponde a una entidad descentralizada indirecta, la cual se rige por los principios y reglas especiales propias de la función administrativa, por lo tanto hace parte de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional regida por el derecho privado.

Por lo tanto, y dado que la norma sobre el ejercicio de autoridad administrativa hace referencia a *gerentes o directores de entidades descentralizadas*, al ser Telecafé una entidad descentralizada indirecta, el gerente de dicha sociedad debe renunciar con 1 año de anterioridad a la fecha de las elecciones para postular su candidatura como congresista.

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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia 130012331000 2007-00800-01 del 20 de febrero de 2009, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia

2. «Por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial»

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:38