



Función Pública

Concepto 239131 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000239131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000239131

Fecha: 01/07/2022 12:26:03 p.m.

Bogotá, D.C.,

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿El Jefe de Contratación de Ibagué, tiene un cargo directivo sin tener ordenación del gasto, con cuanto tiempo de anterioridad debe renunciar al cargo, para ser candidato al concejo de Ibagué? RADICADO: 20229000313252 del 07 de junio de 2022.

En atención a su escrito de la referencia, en el cual consulta sobre el eventual impedimento para que un servidor público aspire al concejo municipal de la misma circunscripción territorial en la cual labora, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar con relación a las inhabilidades para aspirar a ser elegido concejal, que la Ley 617 de 2000¹, dispone:

ARTICULO 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:

(...)

2. 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.

(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con la norma anteriormente citada, 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.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994², dispone:

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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con el legislador, la dirección administrativa es aquella que ejercen además del alcalde, 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.

Este concepto de ejercicio de autoridad ha tenido un desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado a través de distintos pronunciamientos dentro de los cuales se destaca los siguientes:

-. Sentencia del 11 de febrero de 2008, Radicado. 11001-03-15-000-2007-00287-00-, la cual precisó que la autoridad civil se expresa por medio de (i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o (ii) por la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo, sino de aquellas que determinan originariamente el modo de obrar mismo del Estado.

La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública. Frente a la autoridad administrativa está definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, dispuso que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas, advertido 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

-. Sentencia de 13 de julio de 2017, Radicado: 44001-23-33-002-2016-00096-01, en la cual señaló: “Que por autoridad administrativa podría entenderse el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.”

-. Sentencia del 7 de diciembre de 2016, Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01 / 52001-23-33-000-2015-00840-01, señalando que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, “es necesario acudir a dos

criterios fundamentales. (i) El criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan. (ii) El criterio funcional o material, el cual consiste en que otros empleos comportan el ejercicio de autoridad por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad."

En este orden de ideas, con el propósito de determinar si el empleado al que se refiere en su consulta ejerce autoridad en los términos señalados, se hace necesario analizar las funciones propias de dicho empleo en virtud del criterio funcional o material, de manera que las mismas impliquen 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 si estos tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias.

De otra parte, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos³, 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.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado⁴ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o 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, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que un servidor público que ejerza autoridad en los términos señalados y que aspire ser elegido concejal del mismo municipio, debe presentar renuncia a su cargo un año (1) antes de la respectiva elección con el fin de no incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral 2o del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, en el caso de que el empleado público no ejerza autoridad en los términos señalados por la Ley 136 de 1994 o no la ejerza en la circunscripción territorial respectiva, es preciso señalar 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo expuesto en el artículo 127 de la Constitución Política, 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, hasta en tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación.

En este orden de ideas, la intervención en política de los servidores públicos, tal como se encuentra regulada la materia, únicamente permite la inscripción como miembro de su partido político. Por lo tanto, estaría prohibido participar abiertamente en política, hacer deliberaciones políticas públicamente, apoyar públicamente a un candidato o movimiento político para las elecciones ya sean al congreso de la República o a la presidencia de la República, alcaldes o gobernadores, difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, con excepción de lo autorizado en la citada ley, entre otras. Incurrir en alguna de estas prohibiciones puede generar para el servidor público investigaciones disciplinarias y su consecuente sanción.

En este sentido, el servidor público que aspira a ser elegido concejal, así no ejerza autoridad civil, política o dirección administrativa en la respectiva circunscripción territorial que genera el impedimento, deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción, toda vez que no podría participar en política como empleado público teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos.

Respecto de la definición de empleado público, me permito manifestarle lo siguiente:

La constitución política, establece en sus artículos 123 y 125, que:

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.

(...)

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)"

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968⁵, señala:

ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, los empleados públicos cuentan con las siguientes características principales:

- El empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión;
- Los empleados públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento.
- El régimen jurídico que se aplica a los empleados públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De acuerdo con lo señalado, me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿El Jefe de Contratación de Ibagué, tiene un cargo directivo sin tener ordenación del gasto, en qué tiempo debe renunciar al cargo, para ser candidato al concejo de Ibagué?

De acuerdo con lo señalado, 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.

En este orden de ideas, con el propósito de determinar si el empleado al que se refiere en su consulta ejerce autoridad en los términos señalados, se hace necesario analizar las funciones propias de dicho empleo en virtud del criterio funcional o material, de manera que las mismas impliquen 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 si estos tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias.

En caso de encontrarse que no ejerce autoridad en los términos que se han dejado plasmados, el servidor deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción, toda vez que no podría participar en política como empleado público teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos.

2. ¿Qué es empleado público?

De forma general los empleados públicos son las personas al servicio del Estado y de la comunidad, desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento y que se vinculan mediante un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión.

3. ¿El cargo de jefe de contratación se entiende como empleado público?

En principio, de acuerdo con lo señalado en su escrito, se considera que estamos en presencia de un empleado público; no obstante, no es competencia de este Departamento Administrativo declarar la naturaleza de los empleos o cargos ocupados en la administración pública, por lo que, en caso de considerarlo, podrá acudir a la jurisdicción para que se defina la naturaleza del empleo.

4. ¿Cuál es la autoridad política, civil, administrativa?

Es la que se ejerce en los términos de los artículos 188 y siguientes de la Ley 136 de 1994, citados.

5. ¿Ser jefe de contratación, sin tener delegación de ordenación del gasto, que inhabilidades genera?

Con el propósito de determinar si el empleado al que se refiere en su consulta ejerce autoridad en los términos señalados, se hace necesario analizar las funciones propias de dicho empleo en virtud del criterio funcional o material, de manera que las mismas impliquen 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 si estos tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias.

En caso de encontrarse que se ejerce alguna o algunas de las funciones señaladas en la circunscripción territorial respectiva, se encontrará impedido para su aspiración al concejo municipal, si las mismas fueron ejercidas dentro del año anterior a la elección.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Maia Borja

Revisó: Harold Herreño

11602.8.4

1 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.

2 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

3 Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia No. C-903/08 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Sentencia No. C-015/04. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. Sentencia C-353/09 Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

4 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

5 “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:33