



Función Pública

Concepto 064241 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Radicado No.: 20236000064241

Fecha: 14/02/2023 09:51:26 a.m.

Bogotá D.C.

Señor

OSCAR MAURICIO CORREA OROZCO oscarcorreaabogado@gmail.com

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. RADICACIÓN: 20239000025872 Del 13 de enero de 2023.

Respetado señor, reciba un cordial saludo por parte de Función Pública.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre:

“¿Está inhabilitado para aspirar a la gobernación del departamento para el periodo 2024 - 2027, el esposo de la actual representante a la Cámara por el mismo departamento?”

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional: *“las inhabilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública o circunstancias fácticas previstas en el ordenamiento jurídico que impiden que una persona tenga acceso a un cargo público o permanezca en él. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento o cargo anterior del aspirante no afectará el desempeño de las funciones públicas que pretende ejercer.*

Las inhabilidades tienen como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante “para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”¹

En virtud de lo anterior, las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el legislador en la Constitución y en la Ley que impiden ejercer funciones de públicas con el fin de evitar un menoscabo o cualquier afectación al interés general. Así las cosas, para efectos de dar respuesta su segunda consulta, la Ley 2200 de 2022:

“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 conformidad con la norma, el numeral tercero transcrito es claro en advertir que no podrá ser inscrito, elegido o designado como gobernador

quien dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público 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.

Así las cosas, el empleado que realice en el marco del ejercicio de sus funciones actividades que denoten autoridad civil, política o administrativa en el territorio donde se pretende elegir como gobernador deberá renunciara a su empleo 12 meses antes de los comicios electorales.

De acuerdo con lo anterior, corresponde realizar un análisis la naturaleza del cargo como las funciones que desarrolla. Respecto al primer aspecto, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, los congresistas tienen la calidad de servidores públicos en tanto son miembros de una corporación pública en ejercicio de un cargo público.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia del 10 de mayo de 2007, Expediente núm. 730012331000200600419-01, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, sobre los cargos de elección popular, puntualiza:

La idea de que solamente como cargos de elección popular pueden tomarse aquellos desempeñados por servidores denominados empleados públicos, riñe con la naturaleza misma del acto administrativo por medio del cual se llega a la administración por la ruta democrática, puesto que el empleado público se caracteriza, primordialmente, porque su contacto con la administración está precedida de una relación legal y reglamentaria, de modo que es necesario que anteladamente se haya proferido a su favor un acto de nombramiento, luego formalizado con la respectiva posesión.

(...)

Siendo consecuentes con lo discurrido, encuentra la Sala que el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento del Tolima no es de recibo y que la expresión Cargos de Elección Popular no puede asimilarse a la de Empleados Públicos, puesto que dentro de los primeros están comprendidos todos los cargos o autoridades citados en el artículo 260 Constitucional, como son el Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de juntas administradoras locales y miembros de la asamblea constituyente cuando decida integrarse (...) (Resaltado nuestro).

Frente a las funciones que desempeñan los congresistas, el artículo 150 de la Carta Política, consagra:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

Interpretar, reformar y derogar las leyes.

Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.

Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.

Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.

Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales.

Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.

Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.

Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.

Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria.

Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.

Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

Organizar el crédito público;

Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;

Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.

Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.

Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.

Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.

Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República.

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

A su vez, la Ley 5 de 1992, dispone:

ARTÍCULO 6o. CLASES DE FUNCIONES DEL CONGRESO. El Congreso de la República cumple:

Función constituyente, para reformar la Constitución Política mediante actos legislativos.

Función legislativa, para elaborar, interpretar, reformar y derogar las leyes y códigos en todos los ramos de la legislación.

Función de control político, para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado. La moción de censura y la moción de observaciones pueden ser algunas de las conclusiones de la responsabilidad política.

Función judicial, para juzgar excepcionalmente a los altos funcionarios del Estado por responsabilidad política.

Función electoral, para elegir Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Vicepresidente de la República, cuando hay falta absoluta, y Designado a la Presidencia en el período 1992 -1994.

Función administrativa, para establecer la organización y funcionamiento del Congreso Pleno, el Senado y la Cámara de Representantes.

Función de control público, para emplazar a cualquier persona, natural o jurídica, a efecto de que rindan declaraciones, orales o escritas, sobre hechos relacionados con las indagaciones que la Comisión adelante.

Función de protocolo, para recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otras naciones.

De acuerdo con lo anterior, los congresistas ejercen funciones políticas, judiciales, electorales, administrativas públicas, de control y protocolo. Este hecho deviene implícito en las mismas normas del orden constitucional que establecen las funciones del Congreso. Las actividades de los congresistas implican una constante actuación de dirección, conducción y formulación de políticas públicas. No obstante, la norma para efectos de configurar la inhabilidad para postularse como gobernador debe ser política, civil o administrativa en el respectivo departamento, por lo que, se hace necesario realizar e análisis sobre dos aspectos, en primer lugar si el ejercicio como empleado público es un cargo que implica jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar y en segundo lugar si este ejercicio se hubiera dado en el respectivo departamento.

Ahora, la Ley 136 de 1994 se encarga de definir los conceptos de autoridad civil, política, administrativa y militar de la siguiente manera:

“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 sí 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.

ARTÍCULO 191. Autoridad militar. A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.

Para efectos de este Artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate.”

Sobre el particular el Consejo de estado mediante Sentencia de 31 de Julio de 2009. Acción Electoral. Expediente N°: 23001233100020070055001. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia se pronunció de la siguiente manera:

“La parte de la función pública que ocasiona la causal inhabilitante en cuanto desarrolla “autoridad administrativa”, está relacionada con “la facultad de imponer, decretar, mandar y hacerse obedecer, que haga presumir el ejercicio de autoridad”. De manera específica, la jurisprudencia ha decantado que la autoridad administrativa se ejerce para “hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervisando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa”.

En cuanto a la autoridad civil se ha precisado que ésta implica la potestad de mando y la facultad de ejercerla, por determinación de la ley, sobre la generalidad de las personas.”

En este mismo sentido el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación número: 2355 Consejero Ponente: Édgar González López manifestó:

“de acuerdo con el artículo 189, la autoridad política se define a través de un criterio orgánico que, a su vez, está determinado por el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno municipal, como el del alcalde, los secretarios y los jefes de departamentos administrativos, y el de las personas que ejercen temporalmente estos cargos.

Así las cosas, una aplicación de este criterio a los cargos de nivel nacional, permite concluir que poseen autoridad administrativa en Colombia todos los funcionarios que hacen parte del Gobierno Nacional, como el Presidente de la República, sus ministros, jefes de departamentos administrativos, entre otros, y las personas que asumen temporalmente estos cargos.

las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden. “(Subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, deberá realizar un análisis propio de las funciones del cargo que desempeña para efectos de verificar si ejerce o no autoridad civil, administrativa, política o militar que tenga incidencia dentro del territorio donde se pretende elegir, las cuales pueden verse reflejadas en funciones que implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados en el respectivo territorio, es decir, si realizaba funciones tales como, nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación, sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones, así como para celebrar contratos o convenios; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los empleados que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias, caso en el cual deberá renunciar al cargo 12 meses antes de las elecciones de conformidad con los lineamientos establecidos la Ley 2200 de 2022.

De otra parte, con ocasión a su tercer interrogante tenemos que, el artículo 127 de la Constitución Política señala:

“ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.” (subrayado fuera del texto).

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, los servidores públicos únicamente pueden participar en las actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la Ley Estatutaria, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria que define la participación política de los servidores públicos aún no ha sido presentada ni debatida por el Congreso de la República.

Así las cosas y 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, incluidos los de las entidades de control, 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 orden de ideas, en caso de que el servidor público no ejerza autoridad en los términos que se han dejado plasmados, en todo caso deberá presentar renuncia a su empleo antes de la inscripción como candidato a un cargo de elección popular o de participar en eventos políticos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Lo anterior se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES Director Jurídico
Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:08:29