



Concepto 168291 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000168291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000168291

Fecha: 28/04/2023 03:29:07 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Trabajador Oficial. RADICACIÓN. 20232060232992 de fecha 20 de abril de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta si está inhabilitado para aspirar a cargo concejal, trabajador oficial que estuvo vinculado a Empresa Social del Estado hasta el 10 de abril de 2023, me permito manifestar lo siguiente:

En primer lugar es pertinente precisar que, las inhabilidades 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.

En cuanto a las incompatibilidades, señala la Corte Constitucional lo siguiente: *“las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”²*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional transcrita, las incompatibilidades son situaciones donde el servidor se ve impedido para ejercer funciones públicas, al considerarse que por la ejecución de la mismas se vea afectado el interés superior.

En este orden de ideas, la Ley 617 de 2000³ 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:

(...)

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.

(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas transcritas, no podrá ser inscrito, elegido o designado como gobernador, diputado, alcalde o concejal 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.

En este orden de ideas, la norma es clara en advertir que la prohibición legal es extensiva para quienes desempeñan funciones que denoten autoridad administrativa, civil, política, militar en un empleo público, como quiera que el aspirante a que hace referencia su consulta tiene una vinculación como trabajador oficial, es necesario acudir a lo preceptuado en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, que señala:

“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 (...).” (Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma transcrita, los trabajadores oficiales son servidores públicos que ostentan una vinculación y carácter diferente a los empleados públicos, en el entendido en que su vinculación emana de un contrato de trabajo perteneciente al derecho laboral.

De otra parte, es importante señalar que el artículo 127 de la constitución determina:

“ARTÍCULO 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. (subrayado fuera del texto).”

Sobre esta prohibición el Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Quinta el 26 de septiembre de 2017, dentro del expediente con radicado No. 25000-23-4100-000-2015- 02491-01 ACUMULADAS 2015-02753 y 2015-02342, con ponencia de la Magistrada Rocío Araujo Oñate, se pronunció en torno a la participación en política de los servidores públicos en los siguientes términos:

“La Sala destaca que la ley estatutaria encargada de regular la forma como los demás empleados públicos, a que se refiere el inciso 3 de la norma, pueden participar en política aún no ha sido expedida por el Congreso de la República.

La Corte Constitucional fijó el alcance de esta prohibición en la sentencia C-454 de 1993, en la redacción inicial que le dio el constituyente de 1991, la cual en el aspecto específico que ocupa la atención de la Sala no sufrió una significativa variación, en tanto el texto original establecía que “Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley”.

En esta sentencia la Corte, con fundamento en amplias transcripciones de la exposición de motivos de la Constitución de 1991 y de varios Artículos de la misma, partió de la consideración de que el objetivo primordial de la Carta Política fue el de crear las condiciones institucionales indispensables para incrementar y desarrollar los mecanismos de participación democrática.

Resaltó que así lo declara el Preámbulo de la Constitución y lo consignan expresamente numerosas disposiciones, entre otras “las consagradas en los Artículos 1 y 23 -la participación como característica y fin esencial del Estado-; 3 -la titularidad de la soberanía en cabeza del pueblo, que la ejerce directamente o por medio de sus representantes-; 40 - derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político-; 95 -deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país-; 99 y 1001 -ejercicio de derechos políticos- 106 - mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía-; 107 a 111 ¿¿partidos y movimientos políticos- 112 -estatuto de la oposición-; 155 -iniciativa popular legislativa-; 170 -derogatoria de leyes por voto popular-; 258 a 263 -sufragio y elecciones-; 303 y 314 -elección popular de gobernadores y alcaldes-; 374 a 379 -participación popular en reformas constitucionales-”

Previa ponderación de los principios en cuestión consideró que del mandato constitucional transcrito se deducen sin dificultad los principios aplicables al asunto del que se ocupa la Corte:

“1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cubre a quienes encajen dentro de las hipótesis planteadas en la norma, cuyo alcance es, por lo tanto, restringido.

La regla general consiste hoy en permitir tales actividades aun a los servidores públicos, con las siguientes excepciones: ...

3. Los empleados no comprendidos en la prohibición están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en esas actividades y controversias. Se deja en cabeza de la ley la definición de las condiciones en que ello se haga, pero no la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional.

En consecuencia, por tal ejercicio no pueden ser incriminados ni penados, mientras se ajusten a la Constitución y a la ley. En otras palabras,

después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, para tales servidores públicos ha cambiado radicalmente la situación, pues ya no enfrentan la tajante prohibición señalada en la Carta Política anterior". (Resaltados incluidos en el texto original)

La Corte consideró en esta oportunidad que, en concordancia con la mayor libertad de acción que se reconoce y para impedir su ejercicio abusivo, se sanciona, ya no la participación del empleado en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña.

Al respecto precisó .que "... existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3 del Artículo 127 de ella -que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley- y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (Artículos 122, 123 y 209 C.N.)".

Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al resolver una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, rindió concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), en el siguiente sentido:

"(...) el reconocimiento constitucional de la libertad de participación en política como una forma de expresión de la voluntad individual, en función de la colectividad, no se puede limitar por la falta de acción del órgano legislativo que no ha expedido la norma correspondiente⁶⁰. Desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional se puso de presente la naturaleza de derecho fundamental de la participación en política, al expresar que no podía ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que estos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos⁶¹.

En posterior providencia, respecto del desarrollo legal de los límites que ha de tener el empleado del Estado para efectos de ejercer sus derechos de participación política, indicó la Corte Constitucional que la Ley Estatutaria habría de definir las condiciones para participar en las actividades y controversias correspondientes, pero que no podría extender la prohibición más allá de la previsión constitucional⁶².

Es decir, en tanto que las limitaciones referidas constituyen una restricción a un derecho fundamental, necesariamente han de explicitarse exactamente en la ley estatutaria correspondiente, de conformidad con el mandato constitucional. En ese orden de ideas, antes de la entrada en vigencia de la norma estatutaria debe entenderse que los empleados del Estado comprendidos en la prescripción solo verán limitados sus derechos políticos en los términos que la propia Constitución Política lo dispuso.

Acerca de estos límites la Corte Constitucional indicó que:

"(...) existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3 del Artículo 127 de ella -que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley- y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (Artículos 122, 123 y 209 C.N.)...⁶³

....

En conclusión, los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el Artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución (Artículos 127 y 110 de la C.P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (ley 734 de 2002 y la ley 996 de 2005). Ahora bien, aun cuando la Constitución deja a la ley estatutaria el definir las condiciones en que se pueda participar, no la autoriza para extender la prohibición más allá de la previsión constitucional (sentencia C-454 de 1993), por cuanto implicaría una limitante injustificada y desproporcionada del derecho fundamental de participación política. Lo que se restringe a los servidores exceptuados de la prohibición no es la participación en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos.

Así, la ley estatutaria que expida el Congreso de la República sobre esta materia únicamente podrá regular la participación en política de los empleados del Estado en lo relativo a participación en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, pues a esos dos puntos exclusivamente se remite el tercer inciso del Artículo 127 de la Constitución cuando dispone que Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. Si la ley estatutaria extendiera las prohibiciones a otros campos de participación legítima en política, estaría violando la Constitución.

(...)

En relación con el caso concreto del señor Nelson Castro Rodríguez, se encuentra demostrado que el mismo tenía la calidad de trabajador oficial que adquirió mediante la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido con la EAAB E.S.P. S.A. entidad descentralizada por servicios del Distrito Capital, reorganizada como una Empresa de Servicios Públicos domiciliarios, cuya vigencia se extendió desde 9 de julio de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2015, desempeñando el cargo de "Profesional Especializado en la División de Operación Comercial Z3".

En consecuencia, al no encontrarse establecida como situación prohibitiva el ejercicio del cargo de profesional especializado bajo la modalidad

de contrato de trabajo a término indefinido en el carácter de trabajador oficial podía participar en la contienda electoral que tuvo lugar en octubre de 2015 y, por ende, resultar electo como Concejal del Distrito Capital.

Lo anterior teniendo en cuenta el marco normativo y conceptual expuesto en el acápite anterior y la imposibilidad de la Sala de limitar el ejercicio de un derecho que concedió el constituyente y que corresponde al legislador regular a través del procedimiento de una Ley Estatutaria y, adicionalmente, por cuanto no es posible olvidar que las causales de inelegibilidad, inhabilidad y nulidad de una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas.

Cabe recordar, como lo hizo la Sala en el antecedente que se citó en precedencia que el Artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los servidores públicos puedan ser elegidos concejales, excepto quienes como tales ejerzan jurisdicción administrativa, civil, política o militar o quienes hayan intervenido como ordenadores del gasto en la ejecución de recursos o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio.

Les asiste, en consecuencia, razón a la parte demandada y al representante del Ministerio Público ante esta Sección al afirmar que en el caso concreto la condición de trabajador oficial del demandado no se erige en causal de inelegibilidad o inhabilidad que impacte en la validez del acto electoral, a la luz de las disposiciones analizadas, lo cual torna imperativo revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de las demandas acumuladas." (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, no existe en la ley prohibición que impida a un trabajador oficial (servidor público) participar activamente en un proceso de elección popular, pues un trabajador oficial no está incluido dentro de la prohibición constitucional de participar en política, de conformidad con lo manifestado por el Consejo de Estado en el concepto arriba transcrito.

Ahora bien, es de advertir que si bien el trabajador oficial no se encuentra dentro de la prohibición Constitucional para efectos de aspirar a un cargo de elección popular, no obstante, en caso de que el trabajador resulte elegido, no podrá tomar posesión del cargo de elección popular, hasta tanto no termine su vinculación como trabajador oficial, ya que de lo contrario, estaría inmerso en la prohibición constitucional que impide recibir dos remuneraciones provenientes del tesoro público contemplada por el artículo 128 de la Constitución Política.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que de acuerdo a la normativa vigente, no está inhabilitado para aspirar a cargo concejal, trabajador oficial que estuvo vinculado a Empresa Social del Estado hasta el 10 de abril de 2023, toda vez que un trabajador oficial no está incluido dentro de la prohibición constitucional de participar en política, de conformidad con lo manifestado por el Consejo de Estado.

Me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional, Sentencia C -393 de 2019 MP: CARLOS BERNAL PULIDO.

2 Corte Constitucional, Sentencia C 903 de 2008 M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA. 17 de Septiembre de 2008.

3 Ley 617 de 2000 "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".

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:29:16