



Concepto 036481 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000036481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000036481

Fecha: 22/01/2024 10:46:58 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Equipos de Empalme. Radicado No.: 20232061077342 Fecha: 2023-12-05.

Se plantea la siguiente situación y consultas:

“¿Puede un funcionario de provisionalidad que actualmente hace parte de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios ser uno de los coordinadores de empalme de una comisión de un alcalde electo (entrante periodo 2024-2027)?

En el caso de que la respuesta sea negativa, favor indicar qué tipo de inhabilidad o incompatibilidad se configura y en qué normativa está dicha prohibición para el funcionario interesado.”

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

En primer lugar, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

“las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.”

(...) “estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido.”

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.”

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados

pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que 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 Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al 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).

La normatividad y jurisprudencia citada nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

En aras de brindar respuesta a sus interrogantes, es preciso llevar a cabo el siguiente análisis.

Inicialmente es importante destacar que, en cuanto al empalme de Gobierno, este Departamento ha señalado que se trata de un proceso efectivo, transparente, útil y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 951 de 2005⁴ de obligatorio cumplimiento, a través del cual se hace entrega y se recibe formalmente la administración pública de las entidades territoriales, y se formaliza con la entrega del acta de informe de gestión. El empalme también es un proceso estratégico y de interés público dado que brinda insumos claves para la elaboración del nuevo Plan de Desarrollo.

Para tal efecto se establecen 3 fases en las que se entenderá realizado el empalme. El primer momento está dirigido a la administración saliente y presenta los primeros pasos para la preparación de insumos para el empalme, la segunda fase está dirigida tanto a la administración saliente como a la entrante y da a conocer las actividades que se deben

coordinar para realizar el ejercicio de empalme; y la tercera está orientada a la administración entrante y brinda los lineamientos para la utilización y aprovechamiento de la información recibida.

En este orden de ideas, es pertinente indicar que el proceso de empalme le permite a quien recibe la administración, el mandatario entrante, la rectoría de los asuntos de la entidad territorial, conocer el estado de los temas a su cargo, cuales necesitan ajustarse, qué recursos debe asignar y cómo ejecutar las obligaciones que le corresponden.

Por estas razones se puede definir el proceso de empalme como aquel mediante el cual el mandatario saliente hace entrega al entrante de la administración de la entidad territorial. Es en este momento cuando la administración saliente informa de todas aquellas acciones ejecutadas durante su mandato. Por ser este el momento en que el gobernante saliente comunica formalmente el estado en que se encuentra el ente territorial al culminar su mandato, es estratégico para que dé a conocer su buena gestión, los resultados y logros obtenidos, así como informar sobre los aspectos que merecen una atención prioritaria y hacer referencia a los proyectos que están en curso.

Ahora bien, el Gobierno Nacional elaboró la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales⁵, donde se señaló:

¿Qué es un proceso de empalme?

“El empalme de Gobierno es un proceso que contribuye a la rendición de cuentas de la rama ejecutiva. Es una obligación de todos los servidores de la administración pública, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 39 numeral 2 de la Ley 152 de 1994, el Artículo 78 de la Ley 1474 de 2011 y el Artículo 50 de la Ley 1757 de 2015.

En este marco, el empalme de Gobierno es un proceso efectivo, transparente, útil y obligatorio, a través del cual se hace entrega y se recibe formalmente la administración pública de las entidades territoriales, y se formaliza con la entrega del acta de informe de gestión. El empalme también es un proceso estratégico y de interés público dado que brinda insumos claves para la elaboración del nuevo Plan de Desarrollo.”

(...)”

¿Quiénes Participan?

“El gobernante saliente y sus equipos de trabajo: Es el responsable de entregar la administración y los balances de su gestión. Igualmente, los servidores públicos son soporte de la memoria institucional y responsables de organizar y entregar la información a cargo de su competencia.

El gobernante electo: Como responsable de guiar los destinos de la alcaldía o gobernación durante los próximos cuatro años y de orientar el desarrollo del territorio conforme al mandato ciudadano, recibe y utiliza la información del gobierno saliente para identificar logros, aciertos y oportunidades de mejora

(...)"

¿Cuál es el proceso para hacer el Empalme?

"Conformación de equipos de trabajo tanto el gobierno saliente como el gobierno entrante deben designar responsables de empalme por temas, sectores o dependencias, de acuerdo como se priorice. Tanto el mandatario saliente como el mandatario entrante designan sus equipos de trabajo. Los grupos deben estar compuestos, en el primer caso, por funcionarios de las áreas temáticas a nivel administrativo, financiero y misional, y en el segundo caso por personas conocedoras de los diferentes temas a tratar. Es importante que hagan parte del equipo de empalme tanto funcionarios de la Oficina de Planeación como el Jefe de Control Interno de la entidad o quien haga sus veces. Estos equipos deben ser pequeños para que permitan el real intercambio de información y documentación.

La principal función de cada uno de los equipos depende de su papel. En el caso del equipo del mandatario saliente su papel es el de recolectar la información necesaria para realizar un proceso de empalme efectivo y útil. En el caso del equipo del nuevo mandatario su principal tarea será participar en las reuniones de empalme, recibir y analizar el contenido de los informes de la administración saliente, preparar observaciones de ser el caso y elaborar informes con información oportuna para la utilización estratégica de esta por parte del gobernante entrante.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, el empalme de Gobierno, además de ser un deber legal, se constituye en un espacio de diálogo e interacción entre los gobiernos entrante y saliente, que permite la continuidad en los procesos de gestión y desarrollo que benefician a todos los habitantes y que brinda al nuevo gobernante herramientas para no iniciar de cero su administración.

Para adelantar este proceso, la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales, establece las directrices que deben observarse para hacer el empalme, iniciando por la conformación de los equipos de trabajo tanto del gobierno saliente como del gobierno entrante, para lo cual deben designar responsables por temas, sectores o dependencias.

Ahora bien, para determinar la calidad de los miembros del equipo de empalme, es importante señalar que la Constitución Política, sobre servidores públicos, dispuso:

"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."
(Destacado nuestro)

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 de la Constitución Política, el término "servidor público" es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

En ese sentido, el equipo de empalme del gobierno saliente, está conformado por servidores públicos (vinculados a la alcaldía o Gobernación saliente) y el equipo de empalme del gobierno entrante, son particulares designados por dicho mandatario para recibir la gestión del saliente.

Tratándose de un servidor público que pretende hacer parte del equipo de empalme de la administración entrante, debemos tener en cuenta que, el numeral 21 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019⁶, señala que al servidor público le está prohibido el "Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo."

De otra parte, el numeral 12) del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019, señala como deber de todo servidor público "Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.", en consecuencia, es deber de los empleados públicos, el dedicar la totalidad del tiempo reglamentario establecido como jornada laboral al desempeño de las funciones propias del empleo.

En conclusión y en aras de brindar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica se permite indicar que, un servidor que pretende hacer parte del equipo de empalme de la administración entrante, en principio no se encuentra impedido o inhabilitado para desempeñar labores en dicho equipo, no obstante, es menester recordar que le está prohibido gestionar asuntos que estuvieron a su cargo en calidad de servidor y por otro lado, que es su deber dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas como servidor, es decir, si desea desempeñar otras labores deberá hacerlo por fuera de su horario de trabajo. De no acatar estos deberes y/o incurrir en alguna actuación que legalmente le este prohibida, podría ser objeto de una sanción disciplinaria.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Eduardo Merchán Álvarez.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

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

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

4 Por la cual se crea el acta de informe de gestión.

5 <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/NuevosMandatarios/Gu%C3%ADa%20Cierre%20Exitoso%20Gobiernos%20Territoriales.pdf>

6 Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:18:23