



Función Pública

## Concepto 48441 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000048441\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000048441

Fecha: 28-02-2019 06:04 pm

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de pagador de entidad educativa del sector público para aspirar a cargo de concejal municipal. RAD. 20199000018602 del 21 de enero de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitado para aspirar al cargo de concejal municipal por ejercer en la actualidad el cargo de pagador de una institución educativa de carácter público en el mismo municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece las inhabilidades para quienes aspiren al cargo de Concejal en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 43. Inhabilidades. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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."*

De acuerdo con lo anterior, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido Concejal la persona que un año antes haya ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad política, administrativa o militar en el respectivo municipio, o haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio.

En este orden de ideas, para la inhabilidad en comento es necesario analizar dos aspectos: en primer lugar, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y en segundo lugar, que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito en donde desea inscribirse como candidato.

1. Ejercicio de autoridad

Respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 definió estos conceptos 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:*

- 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 si 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”.*  
(Subrayado fuera de texto).

Con relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

*“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se 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 (...).*

*A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9).*

*En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado 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" (10). (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)". (Subrayado fuera de texto).

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:

*"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.

(...)

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.". (Subrayado fuera de texto).

En similar sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta mediante sentencia del 18 de julio de 2005 emitida dentro del proceso número 760012331000200304840 01, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronunció frente a la autoridad administrativa señalando lo siguiente:

*"Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa."*

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial. El segundo aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, con el fin de determinar si en un cargo se ejerce jurisdicción o autoridad administrativa o civil en el nivel municipal, tal como lo afirma la sentencia anteriormente señalada, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas.

Por consiguiente, deberá tener en cuenta si como empleado público tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; o si hace parte de las unidades de control interno y legal o reglamentariamente tiene facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio; toda vez que si como empleado público ejerce jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio en el que pretende ser elegido, deberá presentar renuncia a su cargo 12 meses antes de la respectiva elección.

Ahora bien, sobre el concepto de “ordenador del gasto”, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia del 30 de octubre de 2008, manifestó:

*“(…), si junto a lo anterior se tiene en cuenta la definición del verbo ordenar, que corresponde a “Mandar que se haga algo<sup>1</sup>”, bien puede la Sala aproximarse al concepto de “ordenador del gasto”, que valga decirlo no ha sido legalmente definido. En efecto, de acuerdo con la descripción que se hizo en los párrafos anteriores de lo que envuelve el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones, que bien puede dirigirse a gastos de funcionamiento y a gastos de inversión, es claro que esa figura jurídica comprende una manifestación del poder estatal, representada en la facultad que se otorga a determinados funcionarios públicos para que puedan disponer del presupuesto de las entidades públicas, de acuerdo con un plan previamente diseñado y aprobado por los órganos competentes.*

(...)

*No hay duda, entonces, que la calidad de “ordenador del gasto” es una potestad reservada por el ordenamiento jurídico al “jefe de cada órgano”, esto es a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad que cuente con autonomía administrativa, financiera o presupuestal, como así lo ratifica el artículo 39 in fine de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración”, al equiparar los conceptos de jefe de entidad y representante legal, en los siguientes términos:*

*“En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” (Destaca la Sala)*

*Ahora, aunque la calidad de ordenador del gasto es exclusiva de los jefes o representantes legales de las entidades públicas, el ordenamiento jurídico les permite delegar el ejercicio de esas funciones en otros funcionarios públicos de los niveles directivo y asesor pertenecientes al mismo organismo, sólo que -para los fines del debate- ello debe cumplirse en forma expresa o escrita. Esto se establece así en los artículos 9 y 10 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, donde se alude al “acto de delegación” y se ordena que “siempre será escrito”, de modo que quien impute a otro la calidad de ordenador del gasto debe probar que tuvo la condición de jefe o representante legal de la entidad o que a través de delegación, que debe probarse con el documento respectivo, ejerció esas facultades; no podría suponerse y menos inferirse, por el contrario, ese atributo, ya que por virtud del principio de legalidad, los servidores públicos no pueden “ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”(Art. 121 C.P.), o lo que es su correlato: “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” (Art. 123 Ib). (El subrayado es nuestro)*

De acuerdo con lo expuesto, la inhabilidad para aspirar al cargo de concejal por haber intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, se predica en términos generales de los empleados con potestad reservada por el ordenamiento jurídico al “jefe de cada órgano”, esto es a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad, o a los empleados a quienes se les ha designado esta función mediante delegación.

En el caso concreto, y en criterio de esta Dirección Jurídica, si el cargo de “pagador” de una entidad educativa del sector público del nivel municipal no involucra autoridad política, civil, administrativa o militar ejercida en el municipio, de acuerdo con las definiciones legales y

jurisprudenciales expuestas u ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas, no se configuraría la mencionada inhabilidad para aspirar al cargo de concejal del municipio y, en tal virtud, no existirá inhabilidad para su postulación, por lo tanto, el interesado deberá analizar las funciones asignadas al respectivo empleo para determinar si ejerce o no las funciones que se han descrito.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Claudia Inés Silva/JFCA

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Diccionario de la Real Academia Española.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:20:42*