



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20236000253491
Fecha: 22/06/2023 01:05:39 p.m.

Bogotá D.C.

Señora
ADRIANA HURTADO MORENO
adrianahurtadomoreno@hotmail.com
ramaris85@hotmail.com
Barrancabermeja, Santander.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Para ser elegido concejal por ser empleado público. **RAD.: 20232060285712 del 15 de mayo de 2023.**

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública,

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por el Consejo Nacional Electoral mediante oficio No. CNE-S-2023-002823-OJ, en la cual consulta si una empleada pública vinculada en el cargo de auxiliar de servicios generales grado 3, que cumple funciones como pagadora en una institución educativa, está inhabilitada para aspirar a ser elegida concejal en el respectivo municipio, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido concejal, la Ley 617 de 2000¹, dispone:

“ARTÍCULO 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.** (...)”* (Destacado nuestro)

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.

De conformidad con la norma transcrita, 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.

Tampoco podrá ser inscrito como candidato, ni elegido concejal municipal o distrital quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Ahora bien, en relación con lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994² establece lo siguiente:

“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 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.”

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante Concepto No. 2355 de diciembre 5 de 2017, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, dentro del expediente con Radicado No. 11001-03-06-000-2017-00186-00, con ponencia del Magistrado Edgar González López, señaló sobre el tema analizado:

“Con posterioridad, la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, introdujo los siguientes conceptos, que se han convertido en los referentes normativos más cercanos en el ordenamiento jurídico para comprender y dar alcance a los conceptos de autoridad civil y política, y que por lo tanto pueden ser empleados en este concepto para determinar si un Viceministro ejerce autoridad civil o política en nuestro país.

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

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.”

(Subraya la Sala).

Como se puede observar, de acuerdo con el artículo 189 arriba transcrito, 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.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al alcance del concepto de la autoridad civil y administrativa en los siguientes términos:

“De los fallos y conceptos de esta corporación puede concluirse: 1) que los conceptos de autoridad civil y administrativa conservan como notas distintivas, por una parte, el poder de mando y la autonomía decisoria de los funcionarios previstos en ley o reglamento y, por otra, la correlativa sujeción y obediencia de quienes están sujetos a su autoridad. 2) de acuerdo con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa los cargos que allí se mencionan y constituyen actos típicos de autoridad los que allí se enuncian; 3) además de los señalados en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa aquellos cargos respecto de los cuales pueda predicarse, luego de un análisis desde el punto de vista orgánico y funcional, que tienen poder de mando y de disposición sobre los ciudadanos, sobre el personal que sirve a la administración o sobre los bienes que le son confiados para satisfacer los servicios a cargo del Estado; poder que, se insiste, obliga a los ciudadanos o a los funcionarios públicos”¹².

Más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente¹³ :

“(…) la autoridad civil consiste “en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad que recaen sobre los ciudadanos, la comunidad en general y sobre la organización estatal en sí. Dicha manifestación de autoridad implica, por lo tanto, dirección o mando y se expresa en la posibilidad de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento, motivo por el cual se dice que:

“la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de 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 aquella que determina 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". (Destacado nuestro)

De conformidad con lo indicado en la jurisprudencia precitada, según los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la Ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción, se obtiene del análisis del contenido funcional del empleo ejercido para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos contengan atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

De la misma manera, se afirma que la autoridad civil se expresa a través de la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o de la ejecución de las mismas. Estas atribuciones denotan 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, en el entendido de que determina originariamente el modo de obrar del Estado. A su vez, señala la jurisprudencia que, la ejecución de decisiones representa 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.

En consecuencia, para determinar si un empleado ejerce autoridad civil, política o administrativa, se hace necesario acudir a la naturaleza y funciones de su cargo, con el propósito de analizar si ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados.

Así las cosas, se deberá tener en cuenta si tiene la facultad de 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 en el respectivo municipio.

Frente al ejercicio de autoridad civil, política o administrativa por parte de un empleado del nivel asistencial, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas para ese cargo. En ese sentido, el Decreto-Ley 785 de 2005, dispone:

“ARTÍCULO 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

(...)

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución. (...)”

De conformidad con lo anterior, un empleo adscrito al nivel asistencial, implica el ejercicio actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

En la situación particular, una vez analizadas las funciones relacionadas en su escrito de consulta, asignadas al cargo de auxiliar de servicios generales grado 3, se observa que éstas están encaminadas a labores de apoyo y complementarias de los niveles superiores.

En consecuencia, se infiere que quien ejerce el empleo de auxiliar de servicios generales grado 03 en una institución educativa del municipio de Barrancabermeja, está habilitado para postularse como candidato para ser concejal de ese municipio, toda vez que no se configuraría la prohibición prevista en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó la Ley 136 de 1994, con base en las funciones previstas en el manual de funciones para el cargo mencionado, adjuntas a su petición.

Finalmente, debe aclararse 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; por tal razón, ningún empleado público podrá intervenir en política, hasta tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación.

Sobre este particular, el artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2004, prescribe que:

“(...) 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.”

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta. (...)”

En este orden de ideas, se considera que, de manera general, un empleado público (que no se encuentre incurso en ninguna de las causales de inhabilidad consagradas en la ley, como por ejemplo, ejercer autoridad civil, política, administrativa o haber sido personero) puede permanecer en su empleo hasta un día antes de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, teniendo en cuenta que como servidor público no puede participar en política. Si, por el contrario, el servidor público decide participar en política sin separarse previamente de su cargo, incurriría en violación del régimen de inhabilidades establecido en la Constitución Política y en la Ley, conforme se ha dejado expuesto.

En tal sentido, si la empleada referida en su consulta no ejerce autoridad en el municipio en el que presentará su aspiración al concejo municipal, se infiere que deberá renunciar a su cargo antes de iniciar cualquier actividad que denote participación en política, incluida la inscripción como candidata, toda vez que el artículo 127 de la Constitución Política prohíbe tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas a los empleados públicos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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,



ARMANDO LÓPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyectó. Melitza Donado
Revisó y aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4