



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 129411

06/06/2017

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- Funcionario de hecho como Congresista.
Radicación: 20179000130002 del 23 de mayo de 2017.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien presta sus servicios en una entidad pública sin que medie nombramiento y posesión o la suscripción de un contrato se postule para ser elegido como Congresista, me permito indicar lo siguiente:

1.- Respecto de quienes presten sus servicios a las entidades u organismos públicos sin que medie un acto de nombramiento y posesión o la suscripción de un contrato que permita establecer algún tipo de vinculación con la entidad u organismo público, el Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección segunda - subsección "A", consejero ponente Dr. Jaime Moreno Garcia, en expediente con radicación número: 25000-23-25-000-2003-06351-01(4595-05), indicó:

“...Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que

demanda la investidura del funcionario público. Por ello, existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en el principio a trabajo igual salario igual; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En el caso concreto, el actor, de manera irregular, fue designado conjuez, pero con las funciones y responsabilidades propias del Magistrado titular a quien debía reemplazar. Tal irregularidad de orden administrativo, no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas laborales del servidor público designado irregularmente, "status" que mantuvo por casi seis meses. En tales condiciones ha de entenderse que el actor se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, pues, se repite, asumió las funciones propias del cargo, como quedó establecido en la certificación expedida por la Registradora Nacional del Estado Civil. Así las cosas, habiendo el actor prestado sus servicios por el lapso reclamado, en condición de funcionario de hecho, por haber sido designado como Conjuez, pese a que se le asignaron las mismas funciones del Magistrado titular, resulta incuestionable que goza del derecho a que la administración le pague la respectiva remuneración. De acuerdo con los anteriores pronunciamientos, no puede admitirse, desde ningún punto de vista, que por no haberse ocupado el Gobierno del tema de los honorarios de los conjueces del Consejo Nacional Electoral, el actor no tenga derecho a la retribución económica que le corresponde por sus servicios prestados como Magistrado ad hoc, mal designado conjuez; tal interpretación literal produce a todas luces un efecto injusto, violatorio del artículo 53 de la C.P., opuesto a los mandatos de aplicación favorable de las disposiciones legales en materia laboral y, en el caso particular, de protección a la tercera edad, pues debe tenerse en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones del actor, aclarándola en el sentido de precisar que la suma que debe pagársele corresponde a la misma remuneración que recibe un Magistrado del Consejo Nacional Electoral, equivalente al 75% de la asignación que perciben los Consejeros de Estado, conforme a lo dispuesto en el decreto 760 de 1989.

EMPLEADO PUBLICO - Requisitos para ostentar esta condición / EMPLEADO DE HECHO - Concepto. Requisitos

Tradicionalmente se ha entendido que el funcionario que mediante acto administrativo válido es designado para ejercer un empleo del cual ha tomado posesión, adquiere la calidad de empleado público de derecho. Por el contrario, la calidad de empleado público se obtiene por el ejercicio de un empleo público debidamente creado, y al cual se haya llegado mediante el correspondiente nombramiento y posesión. Excepcionalmente se ha aceptado la existencia de los llamados empleados de hecho, pero cuyo requisito indispensable es que no solo se desempeñen unas funciones, sino que ellas correspondan

efectivamente a un empleo público debidamente creado. Es decir, la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular.

EMPLEO - Concepto y clasificación / PROVISION DE EMPLEO - Clases / MOVIMIENTO DE PERSONAL - Traslado, ascenso y encargo

Se ha entendido por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural y a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente (art. 2º del Dcto 2400/68). Esto es, el desempeño de tareas oficiales, de facultades y competencias propias del empleo y de obligaciones derivadas de su ejercicio. Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo (art. 3º Ley 4ª/92), por lo que no pueden existir categorías salariales diferentes a las señaladas para un grado en particular. Por esa razón, a un cargo oficial le corresponde una determinada asignación salarial independientemente del servidor que lo desempeñe. La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos (ordinario, provisional, período de prueba y encargo) y de movimientos de personal (traslado, ascenso y encargo). Asimismo, el servidor puede encontrarse, entre otras, en una comisión para desempeñar otro empleo público (situación administrativa).”

De acuerdo con lo planteado por el Consejo de Estado, en el evento que una persona se encuentre desarrollando actividades correspondientes a un servidor público y por ello reciba el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales correspondientes a un cargo público sin que medie un acto administrativo que dé cuenta de algún tipo de vinculación, es posible que nos encontremos frente a lo que la jurisprudencia ha denominado como funcionario de hecho, evento en el cual es pertinente que la administración revise sus actuaciones, los hechos que presuntamente originaron la relación laboral y en el evento que advierta que sea posible catalogarlo como un “funcionario de hecho” deberá normalizar dicha situación.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso que la entidad advierta que un servidor público ha sido vinculado sin el cumplimiento de las formalidades que la norma exige, en atención al pronunciamiento del Consejo de Estado y teniendo en cuenta que existen en el ordenamiento jurídico postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la entidad deberá examinar las circunstancias de su vinculación y en el evento que advierta que se encuentra frente a un “funcionario de hecho”, deberá normalizar la situación, este estudio deberá realizarlo la administración a su interior de acuerdo con los documentos y los medios probatorios de que disponga.

2.- Respecto de las causales de inhabilidad para ser elegido en el cargo de Congresista, la Constitución Política señala lo siguiente:

“ARTICULO [179](#). No podrán ser congresistas:

(...)

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.”

De acuerdo con lo anterior, para establecer si se presenta inhabilidad se considera procedente 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 en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

Frente a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994, 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)

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:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

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 Republica, 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.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar". (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2004, Radicación número: [50001-23-31-000-2004-0008-01\(PI\)](#), respecto al concepto de autoridad civil, sostuvo:

“En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 1º de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad: “...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que 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....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...”. Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló que “... la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes o allegados... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos...”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia citada anteriormente, deben analizarse las funciones generales del empleo con el fin de determinar si las mismas implican ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar.

Si revisadas las funciones asignadas al empleo se determina que ellas implican poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados y las personas jurídicas y naturales, se presentaría la inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo [179](#) de la Carta Política, razón por la cual el empleado deberá presentar renuncia a su cargo al menos doce (12) meses antes de las elecciones, en el caso que el interesado advierta que en el ejercicio de su empleo no ejerce autoridad civil, política o administrativa, no se presentaría la inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo [179](#) estudiado, dicho análisis deberá realizarlo el interesado de acuerdo con las funciones de su empleo.

Por otra parte, es preciso señalar 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 el 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. (...)”

De acuerdo con la norma, los empleados del Estado les está prohibido participar en actividades que deriven en participación en política, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

De otra parte, el Artículo 48, numerales [39](#) y [40](#), de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, determina como conductas que constituyen faltas gravísimas, sancionables con destitución e inhabilidad general: *“Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley”* y *“Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.”*

El artículo [422](#) del Código Penal, Ley 599 de 2000, (Modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004) considera como típica del delito “Intervención en política” la conducta de:

“El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que a los empleados del Estado les está prohibido participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley. De acuerdo con la Constitución Política, 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. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Considerando lo anterior, en criterio de esta Dirección jurídica, se considera que el empleado público que no ejerza jurisdicción ni autoridad y que aspire a ser elegido como Congresista, deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción suya como candidato, toda vez que no podría participar en política como empleado público, teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de personal en el sector público, así como de las inhabilidades e incompatibilidades aplicables en el sector público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.