



Función Pública

Concepto 300691 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000300691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000300691

Fecha: 17/08/2022 10:44:51 a.m.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Directivo docente. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia ordinaria. Radicado. 2022060355572 del 12 de julio de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Consejo Nacional Electoral, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición, como rectora de una institución de carácter oficial, solicita se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

- 1.- En primer lugar, de aspirar a hacer la campaña, con cuanto tiempo y ¿en qué fecha debo renunciar para no inhabilitarme?
- 2.- Por ahora disfruto de compatibilidad de pensión y salario, por el régimen especial de los docentes vinculados antes del 2002, pero en caso de salir elegida y posesionarme ¿las pensiones son compatibles con el salario como alcaldesa?
- 3.- Mi pensión está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones. Una vez ejercido el cargo ¿los aportes a pensión y factores salariales devengados se tienen en cuenta para una posible reliquidación?
- 4.- ¿Es posible tener alguna incompatibilidad o inhabilidad para la contratación?
- 5.- Por último, ¿se puede pedir una licencia mientras se hace campaña o tengo que presentar renuncia al cargo que ejerzo como rectora?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del 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).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Para dar respuesta a sus interrogantes es preciso referirnos a los siguientes temas: (i) Inhabilidades para postularse como alcalde por ser directivo docente, (ii) Licencia ordinaria, (iii) Inhabilidades para postularse como alcalde por ser contratista y (iv) Compatibilidad de pensión y salario.

- Inhabilidades para postularse como alcalde por ser directivo docente

La Ley 617 de 2000³ modificatoria de la Ley 136 de 1994⁴, sobre las inhabilidades para ser alcalde, establece:

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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 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.

(...)

Del texto legal, deben estudiarse dos aspectos: primero, el ejercicio como empleado público de autoridad civil, política, administrativa o militar del aspirante; y segundo que ese ejercicio se efectúe en el respectivo municipio, en donde aspira a ser alcalde.

Respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 define 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:

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.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

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.

En relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01/52001-23-33- 000-2015-00840-01, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sostuvo:

Bajo esas condiciones esta Sala Electoral ha señalado que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, “es necesario acudir a dos criterios fundamentales. Uno de ellos corresponde al criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan”⁵. El criterio orgánico, entonces, si bien

permite señalar que el ejercicio de autoridad indefectiblemente coincide con el ejercicio de las funciones de cargos del nivel directivo que son aquellos que “comprenden los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”⁶(Decretos 770 y 785 de 2005, artículo 4, numeral 4.1.).

No obstante, existen otros empleos que no siendo de dirección en la correspondiente estructura de la entidad comportan el ejercicio de autoridad -criterio funcional o material- por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad. Desde esta perspectiva su existencia está atada al “... conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (...)” (Ley 909 de 2004, artículo 19).

Por tanto, cuando se pretenda indagar si una persona ejerció o no autoridad, no basta con determinar la categoría que su cargo tiene en la estructura de la administración, pues si bien aquel puede no hacer parte del nivel directivo, es posible que por las competencias asignadas a este se pueda determinar su presencia de aquella, por tenerlas expresamente atribuidas a ese cargo, en la Ley, el reglamento o el correspondiente manual de funciones⁷.

De conformidad con lo establecido en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo preceptuado 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 otro aspecto que permite establecer que un empleado 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.

En este orden de ideas, y dado que como rector de una institución de carácter oficial, desarrolla actividades de Dirección Administrativa, es decir, que está autorizado 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; estará inhabilitado para postularse como candidato para ser Alcalde del mismo distrito, si no renuncia al cargo 12 meses antes de elección.

- Licencia ordinaria

El Decreto Ley 2277 de 1979⁸, artículo 63, sobre la licencia no remunerada para los directivos docentes y docentes, determina:

ARTÍCULO 63.- *Licencia ordinaria*. Los docentes tienen derecho a licencia renunciable ordinaria a solicitud propia y sin remuneración, hasta por noventa (90) días al año, continuos o discontinuos.

Las licencias ordinarias serán concedidas por la autoridad nominadora, pero, en casos de urgencia evidente, el director del establecimiento puede autorizar al docente para separarse del servicio mientras se expide la correspondiente providencia.

En estos términos, la licencia ordinaria es una situación administrativa en que se puede encontrar un empleado público durante su relación laboral; durante el disfrute de dicha situación el empleado no pierde su condición de servidor público, por tratarse de una separación transitoria del cargo. Es importante resaltar que dura el disfrute de la misma el empleado tiene prohibido desempeñar otro cargo público, ni tampoco a que este tiempo se contabilice para ningún efecto.

- Inhabilidades para postularse como alcalde por ser contratista

En este sentido, respecto a la inhabilidad del contratista que aspira a postularse como alcalde, la Ley 617 de 2000, dispone:

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la

celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio (...).

ARTÍCULO 96. INCOMPATIBILIDADES. Los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

Celebrar en su interés particular 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 (...).

Conforme a lo anterior, puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Adicionalmente, la celebración en interés particular 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, es causal constitutiva de incompatibilidad para los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo. Máxime cuando la Ley 80 de 1993⁹, artículo 8°, literal f) prohíbe, entre otros, a los servidores públicos celebrar contratos con entidades públicas.

Frente a este punto, con respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos que se precisa en la inhabilidad, el Consejo de Estado, en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, afirma:

"En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución¹⁰. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.¹¹" (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución. En otras palabras, la fecha a tener en cuenta para la inhabilidad es la celebración del contrato que actualmente se ejecuta, es decir, de haberse celebrado dentro de los 12 meses anteriores a la elección se configura la

inhabilidad.

- Compatibilidad de pensión y salario

El artículo 128 de la Constitución Política consagra que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

En este sentido, el Decreto 583 de 1995, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial, establece:

ARTÍCULO 1. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social."

ARTÍCULO 2. En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.

Anualmente se solicitará a la entidad de previsión que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, que certifique el valor de la misma y en caso de ser inferior a lo recibido por los factores antes enunciados, se deberá reintegrar la diferencia.

ARTÍCULO 3. Para los efectos del artículo anterior, el pensionado deberá informar de su situación a la entidad de Previsión Social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, para que suspenda el pago o asuma la diferencia. (Destacado nuestro).

Conforme a lo anterior, las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación pueden reintegrarse a los empleos referidos en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 o en uno de elección popular, tienen derecho a percibir la asignación mensual correspondiente, si esta fuere inferior a la mesada pensional, percibirán la diferencia; caso en el cual, debe informar de esta situación a la entidad de previsión social que este reconociendo su pensión.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

En primer lugar, de aspirar a hacer la campaña, con cuanto tiempo y ¿en qué fecha debo renunciar para no inhabilitarme?

R/ Dado que como directivo docente ejerce autoridad administrativa para postularse como alcalde, y no inhabilitarse, debe presentar renuncia al cargo 12 meses antes de la fecha de elección.

Por ahora disfruto de compatibilidad de pensión y salario, por el régimen especial de los docentes vinculados antes del 2002, pero en caso de salir elegida y posesionarme ¿las pensiones son compatibles con el salario como alcaldesa?

R/ El pensionado puede percibir la asignación mensual del cargo para el cual fue nombrado como alcalde municipal con sus respectivas prestaciones sociales y demás emolumentos a los cuales tiene derecho; en el evento de que la asignación mensual del empleo sea inferior a su mesada pensional, puede percibir adicionalmente, la diferencia entre aquella y la mesada, tal como lo expresa el Decreto 583 de 1995.

Mi pensión está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones. Una vez ejercido el cargo ¿los aportes a pensión y factores salariales devengados se tienen en cuenta para una posible reliquidación?

R/ Sobre este tema, se le sugiere respetuosamente dirija su consulta directamente ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¿Es posible tener alguna incompatibilidad o inhabilidad para la contratación?

R/ La inhabilidad del contratista para postularse como alcalde se deriva de la ejecución en el respectivo municipio, caso en el cual, y a fin de no inhabilitarse debió haberlo celebrado 12 meses antes de las elecciones. Si, por el contrario, el contrato no debe ejecutarlo en el municipio donde tiene aspiraciones electorales debe cederlo o renunciarlo hasta antes de tomar posesión como alcalde y ser acreditado como tal, a fin de evitar estar incurso en la incompatibilidad relacionada con la prohibición de celebrar contratos en interés particular dada su nueva calidad como

servidor público.

Por último, ¿se puede pedir una licencia mientras se hace campaña o tengo que presentar renuncia al cargo que ejerzo como rectora?

R/ La licencia ordinaria no es posible solicitarla en tanto el texto legal que la regula es enfático en afirmar que durante su disfrute no se pierde la calidad de servidor público y en tal sentido no podría participar en política en los términos de los artículos 110 y 127 de la Constitución Política.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

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

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

² Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

³ «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».

⁴ «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 5 de junio de 2003. Expediente No. 2003-03090.

⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez.

⁷ Sobre el particular, esta Sección ha indicado que: "(...) Corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo, o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que, si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa' (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2002. Expediente 2804).

⁸ «Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente»

⁹«Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»

¹⁰ Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

¹¹ Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:20:19