



Función Pública

Concepto 226931 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000226931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000226931

Fecha: 17/07/2019 12:06:47 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público alcalde. RAD. 20192060210692 del 14 de junio de 2019. Radicado del CNE-8753-19.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Consejo Nacional Electoral mediante oficio CNE-AJ-2122-2019, en la cual consulta si como profesional Especializado Código 222, grado 07 en la Contraloría de Bogotá debe renunciar a su cargo para participar en la próxima contienda como aspirante a la alcaldía de Úmbita-Boyacá o puede solicitar licencia no remunerada o comisión de servicios, me permito manifestar lo siguiente:

La Ley [136](#) de 1994¹ establece:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. (Artículo modificado por el artículo [37](#) de la Ley [617](#) de 2000). No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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 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.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme al artículo transcrito, 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.

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 del aspirante a la alcaldía; y en segundo lugar, que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito en donde pretende ser elegido.

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).

En relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado señaló en 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:

“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”². 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...”³ (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 funciones⁴.

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 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, deberá analizar si en su cargo como Profesional Especializado de la Contraloría de Bogotá tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; 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 cual desea aspirar a la alcaldía, deberá presentar renuncia a su cargo antes de los doce (12) meses que preceden la respectiva elección.

Ahora bien, en caso de que determine que en su empleo no ejerce jurisdicción o autoridad en los términos previamente descritos, por no ejercer autoridad en el respectivo municipio en el cual busca inscribirse como candidato a la alcaldía, como servidor público adicionalmente debe tener en cuenta que el artículo 127 de la Constitución Política establece:

"ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, 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, salvo las excepciones legales.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> 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." (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional transcrito, los empleados no contemplados en la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 127 de la Carta Política, solo podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas en las condiciones que señale la Ley Estatutaria; sin embargo, debe recordarse que dicha ley aún no ha sido expedida por el Congreso de la República.

En todo caso, la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

A su vez, la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece:

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley.

40. 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.

(...)”

La Corte Constitucional mediante sentencia C-794 de 2014 y ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al estudiar la constitucionalidad del artículo 39, específicamente en relación a la expresión “controversias políticas” determinó lo siguiente:

...

“6.2.4. Según se afirmó, el tipo disciplinario juzgado remite directamente a los derechos constitucionales con el propósito de limitar su alcance. A pesar de ello, el demandante afirma que se violan normas de derecho fundamental. La Corte no identifica oposición alguna en tanto la cláusula de salvaguarda permite integrar a la disposición acusada el contenido del artículo 127 de la Constitución en la forma en que ha sido interpretado en la presente providencia. De acuerdo con tal interpretación es posible la armonización del artículo 127 con las normas que amparan la libertad de expresión y los derechos de participación.

En efecto, la expresión “controversias políticas”, consagrada en el artículo 127 de la Constitución como prohibición dirigida a empleados estatales, hace referencia a las controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales, y en modo alguno a la intervención de estos en deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general ajenas a los debates electorales o a las disputas partidistas -de partidos o movimientos políticos-, pues supondría desconocer la importancia de la deliberación pública entre todos los ciudadanos para el funcionamiento de la democracia representativa y participativa. En esa medida, establecido así el alcance constitucional de la propia expresión demandada, la disposición del artículo 48 -numeral 39- del CDU, ha de ser entendida en su alcance estrictamente partidista o electoral, no pudiendo presentarse una incompatibilidad entre el precepto legal y la norma superior. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a la Corte Constitucional la expresión “controversias políticas”, consagrada en el artículo 127 de la Constitución como prohibición dirigida a servidores estatales, hace referencia a las controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales.

Ahora bien, frente a la posibilidad de solicitar licencia no remunerada para participar como candidato a la alcaldía, es necesario remitirse a lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 1421 de 1993⁵, que remite la aplicación del régimen distrital a las a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios:

“ARTICULO 2. Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios.”

En consonancia con lo anterior, la Ley 909 de 2004⁶ dispone:

“ARTÍCULO 3. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

(...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

(...)

PARÁGRAFO 2. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

De acuerdo a lo anterior, en ausencia de normas de carrera específicas para el personal de las Contralorías Territoriales, se aplican las disposiciones contenidas de la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, cabe recordar que el Decreto 1083 de 2015⁷, frente a la licencia, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.3 Licencia. Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. No remuneradas:

1.2. Ordinaria.

(...)

PARÁGRAFO. Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley”.

“ARTÍCULO 2.2.5.5.5 Licencia ordinaria. La licencia ordinaria es aquella que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos. En caso de causa justificada, a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más.

(...).” (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, en licencia ordinaria el empleado no pierde su vínculo con la entidad y persiste su calidad de servidor público; y por lo tanto, no podrá participar en actividades que impliquen intervención en política.

Respecto a la comisión de servicios, la Ley 909 de 2004 dispone:

“ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el

término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, la comisión de servicios se otorga para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, y el empleo de alcalde es de elección popular conforme lo establece el artículo 314 de la Constitución Política. Así las cosas, se considera que no es procedente, en caso de resultar elector alcalde, solicitar comisión de servicios.

Teniendo en cuenta el marco constitucional, legal y jurisprudencial que se ha dejado descrito, y con el fin de dar más claridad a su consulta, me permito indicar que corresponderá al interesado presentar renuncia al cargo del cual es titular cuando proceda a realizar las actividades propias de la contienda electoral.

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,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniela Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

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

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

4. 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).

5. Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

6. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

7. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:17:28