



Función Pública

## Concepto 278521 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000278521\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000278521

Fecha: 26/06/2020 06:33:43 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pariente de alcalde. RAD. 20209000193902 del 19 de mayo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

*“Llevo 10 años trabajando de planta en la Defensoría del Pueblo Regional Quindío, como Profesional Universitario, en el Municipio de Calarcá? la Procuraduría suspendió? temporalmente al Alcalde, quien fuera inscrito por un grupo significativo de ciudadanos, este grupo debe pasarle una terna al señor Gobernador para que designe una persona mientras se soluciona el caso, como el cargo ya no es de elección popular sino de libre nombramiento y remoción, el grupo significativo de ciudadanos quiere postularme en la terna, mi pregunta es: Puedo solicitar comisión de servicios para acceder a esta designación, mi hijo tiene una orden de prestación de servicios en Planeación la cual termina el 15 de junio, esto me inhabilitaría?. Pues de las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 617, la Ley 136 y por ningún lado veo que incurra en estas causales, pero como ustedes son los rectores en la materia hago la presente consulta.”*

En atención a la misma me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente es preciso anotar que de acuerdo con el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde determinar el procedimiento de reemplazo del alcalde suspendido por la Procuraduría General de la nación, toda vez que, al ser un cargo de elección con un procedimiento especial para ello, su competencia se encuentra radicada en el Ministerio del Interior; entidad a la cual deberá remitirse con el fin de que sea aclarado su trámite.

No obstante, a modo de ilustración general y con el fin de precisar algunos aspectos frente a la naturaleza del empleo de alcalde y la comisión,

me permito informarle lo siguiente:

1.- La Constitución Política dispone:

*“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”*

(...)

*PARÁGRAFO. (Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

*“ARTICULO 314. (Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo No. 2 de 2002). En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.”*

*–  
Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.*

*El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.*

*La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.”*

Conforme la anterior disposición Constitucional, los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, cuyo ejercicio se extienden hasta la fecha que determine el período para el cual fue designada la persona. Por su parte, el alcalde es elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años.

Consonante con lo anterior, la Ley 136 de 1994<sup>2</sup> establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 84. NATURALEZA DEL CARGO. En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio o distrito y tendrá el carácter de empleado público del mismo”.*

*“ARTÍCULO 106. DESIGNACIÓN. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.*

*–  
Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.*

*El alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático.” (Subrayado fuera de texto)*

Por consiguiente, es preciso aclarar que el empleo de alcalde es de elección, su naturaleza no varía como consecuencia del reemplazo de su titular, instrumento que se utiliza para no dejar el cargo vacante, toda vez que su regulación se encuentra determinada por la Constitución y la ley, y su periodo es institucional, no personal.

2.- Ahora bien, es preciso considerar que la Ley 909 de 2004<sup>3</sup> dispone frente a la comisión:

*“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.”*

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.1. Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:*

(...)

4. En comisión.”

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser:*

1. De servicios.

(...)

3. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa.”

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.25. Comisiones de servicios. La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado”*

*Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.”*

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.39. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del*

empleo, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

*La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o periodo se regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan."*

De acuerdo a lo anterior, la comisión de servicios anotada en su consulta, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado; Igualmente la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo es una situación administrativa en la que se pueden encontrar los empleados de carrera administrativa, la cual se caracteriza por:

1. El empleado con derechos de carrera debe ser nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo, el cual no cambia su naturaleza por este hecho.
2. La comisión para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción tiene como única finalidad que el servidor conserve los derechos de carrera.

Por consiguiente, no es viable otorgar la comisión a un empleado con derechos de carrera para que se desempeñe como alcalde, cargo de elección.

3. Por último, frente a si incurre en causal de inhabilidad debido a que su hijo tiene una orden de prestación de servicios en Planeación, me permito recordar que el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000<sup>4</sup>, establece:

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

*(...)*

3. *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.*

4. *Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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.*

5. *Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección".*

Conforme los artículos en cita, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido 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.

Tampoco quien tenga vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (los padres, hijos, nietos, abuelos o hermanos), primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

Cabe recordar que la vinculación al Estado mediante la celebración de un contrato estatal, no corresponde a una vinculación legal o reglamentaria como empleado público, toda vez que hace alusión a una relación con particulares para que temporalmente estos colaboren con la administración.

Los contratistas, según lo preceptuado en las disposiciones legales y lo expresado por el Consejo de Estado, no están subsumidos en el contexto de servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales, lo que hace imposible aplicarles el régimen de éstos, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general.

Es decir, en el caso concreto no sería aplicables las inhabilidades consagradas en los numerales 3 y 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, toda vez que el candidato no tiene vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito, teniendo en cuenta que un contratista no tiene calidad de funcionario ni ejerce autoridad y que la persona vinculada mediante ordenes de prestación de servicios, no es directamente el candidato.

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: D. Castellanos

Revisó: Armando López Cortes.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
3. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
4. 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.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:17