



Función Pública

Concepto 073821 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000073821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000073821

Fecha: 02/03/2021 05:36:45 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES-Docente - Congreso. Radicación No. 20212060085602 de fecha 17 de Febrero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual indica que *“Me encuentro nombrado en propiedad como docente de aula en el Distrito de Santiago de Cali y quiero saber según el nuevo código electoral: 1. Si decido ser candidato al Congreso de la República ¿Puedo hacerlo con el apoyo por firmas o debe ser con aval de un partido? 2. Respecto a mi nombramiento, ¿Qué opciones tengo si decido ser candidato al Congreso de la República para las elecciones de marzo de 2022? Ejemplo: puedo pedir licencia, permiso, debo renunciar para no ser inhabilitado, etc. agradecería contar con el respectivo argumento jurídico”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que el Proyecto de Ley Estatutaria Número 409 De 2020 Cámara - 234 De 2020 Senado fue aprobado en último debate el 16 de diciembre de 2020 en la plenaria del Senado y teniendo en cuenta que hubo diferencia entre el texto aprobado en la plenaria de Cámara y Senado, se realizó informe de conciliación que se aprobó el 18 de diciembre en ambas plenarias, por lo que actualmente el proyecto de ley se encuentra para sanción presidencial desde esta fecha.

En consecuencia, el nuevo código electoral no ha sido expedido aún y por lo tanto, las inhabilidades que conciernen a su consulta deberán ser analizadas desde la normatividad vigente, esto es la Constitución Política y la Ley 5 de 1992.

Sobre la inhabilidad para aspirar a ser elegido Congresista, la Constitución Política, dispone:

“ARTÍCULO 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.

-
(...)

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

(...)

.” (Destacado nuestro)

En este mismo sentido, la Ley 5 de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”, señala lo siguiente:

“ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

-
(...)

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

(...)”

(Destacado nuestro)

De acuerdo con la norma anteriormente citada, no podrán ser 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.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 señala 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 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.”

ARTÍCULO 191. AUTORIDAD MILITAR. A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta Ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.

Para efectos de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses o dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate.

(Subraya fuera de texto)

Sobre este tema, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se 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

(...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (10).

(...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)". (Subrayado fuera de texto).

La misma corporación en Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de noviembre de 5 de 1991, expresó:

"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.

(...)

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

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.". (Subrayado fuera de texto).

En similar sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta mediante sentencia del 18 de julio de 2005 emitida dentro del proceso número 760012331000200304840 01, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronunció frente a la autoridad administrativa señalando que: "Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa."

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 servidor 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.

Con relación a las funciones de los directivos docentes, es preciso señalar que el Decreto 1278 de 2002, les atribuye autoridad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5. Docentes. Las personas que desarrollan labores académicas directa y personalmente con los alumnos de los establecimientos educativos en su proceso enseñanza aprendizaje se denominan docentes. Estos también son responsables de las actividades curriculares no lectivas complementarias de la función docente de aula, entendidas como administración del proceso educativo, preparación de su tarea académica, investigación de asuntos pedagógicos, evaluación, calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos, reuniones de profesores, dirección de grupo, actividades formativas, culturales y deportivas, atención a los padres de familia y acudientes, servicio de orientación estudiantil y actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa o indirectamente en la educación.

ARTÍCULO 6. DIRECTIVOS DOCENTES. Quienes desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas se denominan directivos docentes, y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

Los cargos de directivos docentes estatales serán: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador.

El rector y el director rural tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor de un establecimiento educativo. Es una función de carácter profesional que, sobre la base de una formación y experiencia específica, se ocupa de lo atinente a la planeación, dirección, orientación, programación, administración y supervisión de la educación dentro de una institución, de sus relaciones con el entorno y los padres de familia, y que conlleva responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos. (...) (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, con respecto a si un docente ejerce autoridad administrativa, civil o política, el Consejo de Estado señaló:

“...El cotejo entre los conceptos de función de docente y el ejercicio de autoridad civil, administrativa, militar, como causas generadoras de inhabilidad para ser elegido (...), permite concluir que el cargo de profesor no es de aquellos que implica potestad, poder o mando”. (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, los docentes son personas que desarrollan labores académicas directas con los alumnos de los establecimientos educativos en un proceso de aprendizaje. Las funciones que implican ser directivos docentes, implican actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas, es decir tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor del establecimiento educativo, lo que conlleva a tener responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos.

En ese entendido indica el Consejo de Estado que, el cargo de profesor no es de aquellos que implica potestad, poder o mando.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que en el presente caso no se configura la inhabilidad descrita en la disposición citada para inscribirse y ser elegido congresista, pues al ser docente de aula no se está ejerciendo autoridad administrativa o civil y por ende, no incurriría en la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 179 constitucional y del 280 de la ley 5 de 1992.

No obstante, deberá tenerse en cuenta que el numeral 8 del artículo 179 de la Carta Constitucional y del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, estableció que *“No podrán ser elegidos Congresistas quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.”* (Destacado nuestro)

Sobre esta inhabilidad, el Consejo de Estado, Sección Quinta, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, en sentencia emitida el 27 de septiembre de 2018 dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00012-00, manifestó lo siguiente:

10. Entonces, la inhabilidad consagrada en el artículo 179.8 de la Constitución Política, se materializa en el caso que un ciudadano resulte electo como congresista y haya sido elegido para otra corporación (distinta al Congreso) o cargo público, cuyo período coincida total o parcialmente con el correspondiente al de congresista.

3. Integración normativa de los artículos 179.8 Superior y 280.8 de la Ley 5ª de 1992.

1. Ahora bien, el artículo 179.8 no puede ser leído de manera aislada, dado que la Ley 5 de 1992, en su artículo 280.8 preceptuó que:

ARTÍCULO 280. CASOS DE INHABILIDAD. No podrán ser elegidos Congresistas:

/.../

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.” (Negrilla fuera de texto).

2. La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad por vía de acción²⁴ del artículo anterior, declaró su exequibilidad y se determinó los alcances de la renuncia del cargo (280.8 de la Ley 5ª de 1991) con miras a aspirar a ser elegido congresista, así:

“(…) En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

(…)

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación.

En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual "ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción", sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8°, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, ...". (Negrillas propias)."

De acuerdo con el citado fallo, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo y, por tanto, quien aspire a ser Representante a la Cámara o Senador, no podrá tener, entre otros, la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación. Para ello, se requiere haber formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, y en criterio de esta Dirección, para la persona que no ejerce cargos de autoridad deberá tener aceptada su renuncia al momento de efectuar su inscripción como candidato con el objeto de evitar que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 8° del artículo 179 de la Carta.

Así mismo se recuerda que, así el empleado no ejerza autoridad civil, política o administrativa, deberá tener en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos, por consiguiente, deberá estudiar la posibilidad de renunciar a su cargo antes de realizar cualquier actividad que denote participación en política.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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: Christian Ayala

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Información tomada de la página del congreso:
<https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-la-cual-se-expide-el-codigo-electoral-colombiano-y-se-dictan-otras-disposiciones-codigo-electoral-colombiano/11201/#tab=2>

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

3. Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente

4. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 22 de abril de 2002.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:09:47