



Concepto 131761 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000131761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000131761

Fecha: 29/04/2019 03:50:21 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Radicado: 2019-206-010381-2 del 20 de marzo de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se presenta inhabilidad para aspirar al concejo por desempeñarse como auxiliar administrativo grado 5 código 407 en encargo; en atención a la misma me permito indicarle:

El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, dispone:

“ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal 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 distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. (...)”

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, consagra:

“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."

El Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: [25000232400020030112201](#), veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005). Consejero Ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, respecto a la concepción de la autoridad civil y autoridad administrativa, expreso:

"La Dirección Administrativa de los municipios se desempeña ocupando empleos:

a) Perfectamente señalados en la norma citada, cuales son el de alcalde, secretario de alcaldía, jefes de departamento 'administrativo, gerentes y jefes de las entidades descentralizadas o de unidades administrativas especiales.

(...)

b) Autorizados para ejercer muy determinadas gestiones que la misma ley concreta en la celebración de contratos o convenios; ordenación de gastos de fondos municipales; modificación de ciertas situaciones administrativas de empleados subordinados; e investigación y castigo por faltas disciplinarias."

De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad previsto en el artículo 37, numeral 2°, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo.

Es claro, entonces, que para establecer si el ejercicio de determinado cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa, puede acudirse bien a un criterio orgánico o a un criterio funcional. En virtud del primero, es posible entender que el ejercicio de determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa, por ser ésta es una manifestación de dicha autoridad, y, acudiendo al segundo, será posible concluir que las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto."

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 el empleado público 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 o departamento; toda vez que si como empleado público ejerce jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio, distrito o departamento en el que pretende ser elegido, 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, 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 empleados estatales, hace referencia a las controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Javier Soto

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:24:04