



MEMORANDO

MEM2021-21982-OAJ-1400

Bogotá D.C. viernes, 15 de octubre de 2021

PARA: María Paola Suarez Morales, Directora de Asuntos Legislativos

DE: Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a solicitud de insumos para dar respuesta a la petición de consulta con radicación PQRSD-076100-PQR del 17 de septiembre de 2021

Respetada señora directora,

Acuso recibo de su solicitud enviada por correo electrónico del 23 de septiembre de 2021, en la cual requiere insumos de tipo jurídico, para dar respuesta a la petición indicada en el asunto, y presentada por el señor Representante a la Cámara César Augusto Pachón Achury, ante el Consejo Nacional Electoral, quien dio respuesta a los interrogantes 1 y 2 y referente a los interrogantes 3 y 4 los trasladó al DAFP, y este a su vez, las remite a este Ministerio, los cuales refieren al momento a partir del cual un servidor público ostenta un cargo de dirección política, así como la incompatibilidad de un servidor público para ser dignatario de un partido político.

En ese orden, y con el fin de apoyar en la estructuración de la respuesta a dar al representante a la Cámara, remitimos a su despacho para lo de su competencia, las siguientes consideraciones:

Respecto al interrogante tercero y cuarto que indican: ***“Sírvese informar a la luz de la interpretación de su autoridad si la prohibición para que un funcionario público ostente un cargo de dirección política inicia desde su elección o desde su posesión como directivo.”*** Y ***“Por favor informe las consecuencias jurídicas para un funcionario público que reciba dinero del erario público y que a su vez sea directivo de un partido político, aunque sea un cargo ad honorem”***, se observa que guardan relación directa, por lo que se realizará una respuesta en el siguiente orden:

Se considera pertinente el hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre el tema objeto a analizar, en específico el artículo 127 de la Constitución Política, Sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, Ley 1475 de 2011, los artículos 38, 39 de la Ley 996 de 2005.

En efecto, la Constitución Política en los artículos 123 y 127, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004, disponen:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...).”

“Artículo 127. (...) 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.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria...] (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Sobre la restricción en la participación en política, la Corte Constitucional en Sentencia C - 794 del 29 de octubre de 2014, expediente D-10191, MP. Mauricio González Cuervo, señaló en unos de sus apartes:

“5.1.2. Con la aprobación del Acto legislativo 2 de 2004^[1] se introducen cambios muy importantes a la Constitución y, de manera particular, modificaciones a los incisos segundo y tercero del artículo 127. Así, (i) se autorizó la reelección del Presidente y Vicepresidente de la Republica, fijando las condiciones bajo las cuales, con tal propósito, dichos funcionarios pueden desarrollar actividades de proselitismo político. (ii) **Se modificó la prohibición de participación en política indicando que únicamente se aplicaría a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad;** este ajuste implicó, de una parte, excluir de la prohibición a quienes ejercieran jurisdicción, autoridad civil o política o cargos de dirección administrativa y, de otra, incluir en esa regla a los órganos de seguridad del Estado (...). y, pese a que conservó la regla de participación en política de los funcionarios públicos no cubiertos por la prohibición, (iv) varió su texto al señalar que solo pueden participar en dichas actividades y controversias en las condiciones en que lo disponga la ley estatutaria (...).

El acto legislativo 2 de 2004 estableció cuatro clases de empleados respecto de los cuales la participación en actividades de partidos y movimientos o en controversias políticas, se prohíbe específicamente. Se trata de los empleados de (i) la rama judicial, (ii) los órganos electorales, (iii) los órganos de control y (iv) los órganos de seguridad. Dicha reforma dispuso, además, una autorización específica de participación en política para el Presidente y el Vicepresidente de la Republica (...).

5.3.5.3. El inciso tercero del artículo 127 de la Carta prevé la permisión para la participación de ciertos empleados del Estado en las actividades de los partidos y

movimientos o en las controversias políticas, únicamente por decisión del Legislador y en las condiciones que fije la ley. A su vez, el Acto Legislativo 2 de 2004 estableció que los empleados no cubiertos por la prohibición “solo” podrán hacerlo en las condiciones que fije una ley estatutaria. La nueva disposición incluyó el referido adverbio –solo- y dispuso que las condiciones para la participación se consagrarán no en una ley ordinaria sino en una sometida a un procedimiento de aprobación y reforma agravado (ley estatutaria (...)).

“(…) La Corte, coincidiendo en eso con los pronunciamientos adoptados en las sentencias C-454 de 1993 y C-1153 de 2005, considera que la participación de los empleados del Estado en las actividades de los partidos y movimientos o en las controversias políticas, se subordina a la expedición de un régimen estatutario que la decrete y establezca las condiciones para ello. Esta conclusión de fundamenta en las siguientes razones:

5.3.5.3.1. Tanto el texto original del inciso tercero del artículo 127 como aquel aprobado mediante el Acto Legislativo 2 de 2004, indican que la adopción de la ley es un requisito indispensable para el ejercicio del derecho. No de otra forma puede interpretarse que se hubiere establecido que la participación se desplegaría en las condiciones previstas por la ley. Tales condiciones se refieren a los contenidos particulares de tal derecho, a los contextos en los cuales se puede ejercer y a los límites que debe respetar. La expresión “en las condiciones” supone la vigencia de una regulación que configure el contenido del derecho (...).

Para evitar una interpretación excesiva o deficiente, la Corte considera que **la prohibición** que enuncia el inciso segundo del artículo 127 de la Carta **comprende la conducta dirigida a intervenir activa o pasivamente en las diferentes disputas con incidencia electoral directa, apoyando o rechazando, una causa, una organización política o un candidato.** No hace parte del significado constitucional de las expresiones “actividades de los partidos y movimientos” y “controversias políticas”, comportamientos que al margen de un debate electoral o de una disputa partidista, tienen como resultado o pueden ser interpretados como la emisión de una opinión o la presentación de una postura respecto de un asunto de interés general...] (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Igualmente, la citada Corporación en sentencia de C-454 de 1993, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo, indicó:

[...la participación en política -hoy permitida por la Constitución en los términos dichos- no dispensa al servidor del Estado del cumplimiento de sus deberes constitucionales ni puede interferir con la actividad pública y si acontece que estos principios resultan contrariados en la práctica, se tiene un abuso del derecho, sancionable con arreglo a las leyes. Ello explica normas como la del inciso final del artículo 127 y la del artículo 110, a cuyo tenor está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones -dice la norma- será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura...]
(Subraya fuera de texto)

De otra parte, el Consejo de Estado, dentro del proceso de Nulidad Electoral, en sentencia 02491 del del 26 de septiembre de 2017, MP Rocío Araújo Oñate, expresó en unos de sus apartes:

“La Sala destaca que la ley estatutaria encargada de regular la forma como los demás empleados públicos, a que se refiere el inciso 3° de la norma, pueden participar en política aún no ha sido expedida por el Congreso de la República.

La Corte Constitucional fijó el alcance de esta prohibición en la sentencia C-454 de 1993⁵⁹, en la redacción inicial que le dio el constituyente de 1991, la cual en el aspecto específico que ocupa la atención de la Sala no sufrió una significativa variación, en tanto el texto original establecía que “Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley”.

En esta sentencia la Corte, con fundamento en amplias transcripciones de la exposición de motivos de la Constitución de 1991 y de varios artículos de la misma, partió de la consideración de que el objetivo primordial de la Carta Política fue el de crear las condiciones institucionales indispensables para incrementar y desarrollar los mecanismos de participación democrática (...).”

Ahora bien, respecto de las consultas internas de los partidos políticos, la Ley 1475 de 2011, señala:

*[...Artículo 5°.- Las consultas son mecanismos de participación democrática y política que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y/o grupos significativos de ciudadanos pueden **utilizar con la finalidad de adoptar decisiones internas** o escoger sus candidatos, propios o de coalición, a cargos o corporaciones de elección popular.*

Las consultas pueden ser internas o populares. (...)

“Artículo 7°. Obligatoriedad de los resultados. - El resultado de las consultas será obligatorio para el partido, movimiento, grupo significativo de ciudadanos o coalición, que las hubiere convocado, así como para los precandidatos que hubieren participado en ellas.

Se entiende que un precandidato ha participado en una consulta cuando su inscripción ha quedado en firme de conformidad con las disposiciones establecidas por los partidos y movimientos que las convocan. (...).

Por su parte, la Ley 996 de 2005, prescribe que:

[...Artículo 38 (...)] A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

2. *Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.*

3. *Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.*

4. *Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.*

5. *Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.*

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima

(...)

Artículo 38 (...). Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:

2. Inscribirse como miembros de sus partidos...]

Al respecto, la DAFP¹², rectora del tema en materia de organización de la función pública, referente a las inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos, manifestó en unos de sus apartes:

*“De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, es posible que los empleados del Estado -no comprendidos por la prohibición absoluta establecida en el inciso 2º del artículo 127 C.P.- participen en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, **únicamente en las condiciones en que ello sea señalado por una Ley Estatutaria (...).***

En ese sentido, (...) si existe inhabilidad para que el servidor público participe en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, hasta tanto el Congreso de la República expida la Ley Estatutaria que determine los parámetros y condiciones para el efecto, por tal motivo, en criterio de esta Dirección Jurídica, antes de tomar posesión del

¹ Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 184721 del 15 de mayo de 2020

² De conformidad con el artículo 1.1.1.1 del Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 430 de 2016, el Departamento Administrativo de la Función Pública es la cabeza del sector de la Función Pública “en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público” siendo su objeto “el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, (...) mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación”

empleo público deberá haber sido aceptada su renuncia al cargo en el partido político". (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Ahora bien, respecto a las consecuencias jurídicas para un funcionario público que a su vez sea directivo de un partido político, es pertinente tener en cuenta lo establecido en el Código Disciplinario Único, el cual dispone respecto a los deberes del servidor público y lo que se constituye como falta gravísima, lo siguiente:³.

"ARTÍCULO 38. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

"1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

12. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales."

"Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

"38. Omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias de su cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales

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. (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Es de anotar que, ante el posible incumplimiento de la normatividad exigible a los servidores públicos, la potestad disciplinaria está a cargo del Estado⁴, y como regla general, la función es atribuida en la Procuraduría General de Nación, quien, de acuerdo con los hechos y pruebas pertinentes, adoptará la decisión en cada caso concreto.

Así, tratándose de un funcionario público, la duración máxima de la jornada laboral ordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2101 de 2021, es de cuarenta y dos horas a la semana, permitiendo al nominador o jefe del organismo o entidad, el establecer la distribución de esas horas, incluido los días sábados, si la respectiva entidad presta servicio ese día o si para la institución se entiende como hábil⁵, la cual se debe cumplir

³ Ley 1952 de 2019, artículo 38

⁴ Ley 1952 de 2018, modificada por el artículo 1 de la Ley 2094 de 2021

⁵ Decreto 1042 de 1978, Artículo 33

por parte de éstos, acorde con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, el cual prevé, entre uno de los deberes del funcionario: “Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales”.

El mismo Código prevé las sanciones, estableciendo en el artículo 44, para el caso de faltas gravísimas “La destitución e inhabilidad general”, pero como se afirmó anteriormente, corresponde solo al órgano de control o a la respectiva oficina de control interno disciplinario determinar la sanción acorde con los hechos, las pruebas y demás circunstancias señaladas en la ley.

Conclusiones.

De esta manera y conforme a la Constitución Política, la ley y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se podría colegir:

- El artículo 127 de la Constitución Política precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido, y supedita a la expedición de ley estatutaria en aquellos casos no prohibidos taxativamente en la norma constitucional, tal como lo ha manifestado el Departamento Administrativo de la Función Pública, siendo ésta la entidad orientadora del ejercicio de la Función Pública en Colombia, como cabeza de sector.
- Al prohibirse la participación en política, hasta tanto se expida la ley estatutaria que regule el tema, la restricción se tendría desde la inscripción de la candidatura como directivo, pues desde allí se configuran actividades de controversia política.

La competencia para conocer sobre actuaciones disciplinarias recae por regla general en la respectiva oficina de control interno del respectivo organismo o entidad y en la Procuraduría General de la Nación

Con lo anterior, esperamos haber brindado argumentos jurídicos para dar respuesta a la petición.

Cordialmente,

LUCÍA MARGARITA SORIANO ESPINEL

Jefe Oficina Asesora Jurídica



Documento emitido por el Ministerio del Interior. Verifique su autenticidad en:

<https://compromisos.mininterior.gov.co/consulta/?ID=FBg/Kd/7kaq8xGaA/otuCQ==>

Elaboró: Luis Alfonso Pintor Ospina, Profesional Especializado OAJ

Revisó: Sulma Yolanda Gutiérrez Hernández, Profesional Especializado OAJ

Life Armando Delgado Mendoza, Coordinador del GIT de Actuaciones Administrativas OAJ

Aprobó: Lucía Soriano Espinel, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

TRD. 1400.1402.16.74