



Función Pública

Concepto 370721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000370721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000370721

Fecha: 27/11/2019 10:37:17 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo por ser empleado de contraloría territorial. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. RAD. 20199000369612 del 9 de noviembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un servidor público activo de una Contraloría Territorial, en el cargo de carrera administrativa, nivel profesional, está inhabilitado para aspirar y/o ocupar el cargo de Contralor Territorial de esa misma entidad, y si en caso de aspirar y ganar el concurso para ser Contralor, cuál sería el procedimiento para posesionarse, si debe renunciar a su condición en la carrera administrativa, o si perdería la calidad de funcionario de carrera una vez finalice su período, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser contralor departamental, la Constitución Política, en su artículo 272, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019, señala:

“ARTÍCULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma

competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. 1º. La siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un período de dos años.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. 2º. En un término no superior a un año la ley reglamentará el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio. Esta ley será presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República." (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital y municipal quien haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Ahora bien, las entidades que integran la rama ejecutiva del nivel departamental, municipal y distrital, son:

El sector central está conformado por la gobernación o la alcaldía, las secretarías y los departamentos administrativos.

El sector descentralizado está conformado por aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, “*Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”. (Artículo 113)

De acuerdo con la Carta (artículos 117 y 119), la Contraloría General de la República es uno de los órganos de control del Estado, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal para administrar sus asuntos en los términos y en las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes, y ejerce de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales.

Esto significa que los empleados que laboran en las contralorías territoriales, no hacen parte de la rama ejecutiva de la entidad territorial, para el caso en estudio, el Departamento.

Por su parte, la Ley 330 de 1996, “*Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales*” establece:

“ARTÍCULO 6. INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

- a). Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado; [Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 1372 de 2000.]
- b). Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- c). Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;
- d). Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;
- e). Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los Diputados, a los Magistrados que hubieren intervenido en la postulación, elección del Contralor, ni al cónyuge, compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

El Contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden departamental o municipal cuando sea expresamente invitado con fines específicos y no tendrá derecho a votar.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos.

(...).”

De acuerdo con las normas en cita, para que surja la inhabilidad para ser contralor departamental deben concurrir las siguientes circunstancias:

Haber sido Contralor de todo o parte del periodo inmediatamente anterior.

Haber sido miembro de la Asamblea

Haber ejercido un cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Que haya desempeñado alguno de los cargos citados durante el último año previo a la elección.

De acuerdo con las normas expuestas, esta Dirección Jurídica considera que quien ejerció un cargo de carrera en una contraloría territorial, no se encuentra inhabilitado para participar en la convocatoria para la elección de Contralor Departamental, pues ejerce un cargo que no pertenece a la Rama Ejecutiva del departamento y la normatividad no contempla otra inhabilitación que impida su participación.

Ahora bien, sobre la comisión para el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, la Ley 909 de 2004 en su artículo 26, 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 (Subrayas fuera del texto).”

Adicionalmente, el Decreto 1083 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, señala:

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

1. De servicios.

2. Para adelantar estudios.

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. (Subrayas fuera del texto).”

“ARTÍCULO 2.2.5.5.39 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. 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 período se regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De las anteriores disposiciones legales, es posible concluir lo siguiente:

La Comisión para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción o de período, es una situación administrativa que se confiere sólo a los empleados que ostentan derechos de carrera y que cumplen los requisitos establecidos para el otorgamiento de esta figura, lo cual no implica pérdida ni mengua en los derechos de carrera.

Previo al otorgamiento de la comisión debe efectuarse el nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período. No obstante, para tomar posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción o de período debe haber mediado la comisión respectiva, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Mientras dura esta comisión, el empleado queda regido por la relación laboral del cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, si un empleado de carrera administrativa es comisionado en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, en la misma o en otra entidad, se suspenderá la causación de derechos del empleo anterior y éste percibirá todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remoción en los términos consagrados en la Ley.

El empleado que ostenta derechos de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente tiene el derecho a ser comisionado para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. En el caso de los empleados de carrera con evaluación de desempeño satisfactoria, será facultativo de la administración concederla.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 182 del 14 de marzo de 2007, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, al resolver la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 26 parcial de la Ley 909 de 2004, encontró que la posibilidad que se otorga al empleado de carrera con evaluación de desempeño satisfactoria de gozar de una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, a diferencia del empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente a quien se otorga el derecho a dicha comisión, no configura una violación de la igualdad.

“Para quien haya obtenido evaluación del desempeño satisfactoria la posibilidad de que se le otorgue la misma comisión. Es cierto entonces, que empleados de carrera en situaciones diferentes pueden lograr la misma finalidad constitucionalmente válida que se les otorgue comisión: sin embargo, para los mejor calificados -como sobresaliente- el resultado de su evaluación de desempeño automáticamente se convierte en derecho porque el legislador no ha puesto ninguna otra condición, es decir, debe concedérsele en caso de solicitarlo, pero sólo para cumplir la finalidad consagrada en la norma. Por el contrario, para quien ha obtenido una evaluación de desempeño inferior -como satisfactoria- el resultado le representa una mera expectativa, cuya realización depende de la discrecionalidad del nominador, es decir, éste puede negársela (subrayas fuera del texto).”

Es decir que cuando el resultado definitivo de la calificación de la evaluación de desempeño es de nivel satisfactorio, es facultativo del nominador conceder la comisión.

La comisión debe conferirse mediante acto administrativo a través del cual se debe determinar el término de duración de la misma, una vez cumplido 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 de período o sea declarado insubsistente, antes del vencimiento del término de la comisión, el empleado deberá regresar al cargo

del cual es titular de derechos de carrera, so pena de que se declare la vacancia del empleo de carrera y sea provisto en los términos que señale la ley.

Si el empleado decide, una vez finalizado el tiempo para el cual fue otorgada la comisión, permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción (cuando no es de período), deberá presentar renuncia al cargo de carrera.

Con base en los textos legales y jurisprudenciales expuestos, esta Dirección Jurídica considera que, siendo empleada con derechos de carrera administrativa, en caso de ser elegida contralor territorial, previo el proceso de convocatoria, tendrá derecho a ser comisionada para desempeñar este cargo (de período) siempre y cuando haya obtenido una evaluación en el nivel Sobresaliente. Para ello, deberá efectuarse el nombramiento y, una vez nombrada, podrá solicitar a la administración la concesión del derecho a ser comisionada para desempeñar dicho cargo. Una vez finalice el período del contralor, deberá volver al cargo de carrera administrativa que venía ejerciendo y en el que salvaguardaron los derechos de carrera administrativa en virtud de la comisión.

Si obtuvo una evaluación en el nivel Satisfactorio, podrá igualmente solicitar la comisión para desempeñar el mencionado cargo, pero en este caso, la administración tiene la facultad de conferirla o no. En caso que la administración no confiera la comisión, por haber obtenido evaluación en el nivel Satisfactorio, de llegar a posesionarse del cargo de contralor, perderá los derechos de carrera administrativa y, al terminar el período del contralor, no podrá regresar al cargo de carrera y perderá su calidad de servidora pública.

En caso 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:34:27