



Función Pública

## Concepto 006721 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000006721\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000006721

Fecha: 09/01/2020 10:14:22 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor Departamental. RAD: 20209000004182 de fecha 7 de enero de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual realiza una serie de inquietudes relacionadas con la provisión del empleo de contralor Departamental, me permito dar respuesta en el mismo orden de su solicitud, de la siguiente manera:

Con relación a su primera y segunda inquietud, relacionadas con si el acto legislativo 04 de 2019, modificó el régimen de inhabilidades para ser elegido contralor departamental de ser positiva la respuesta a que se refiere que la inhabilidad solamente recaiga sobre quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, me permito señalar lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser elegido Contralor departamental, distrital y municipal, la Constitución Política, en su artículo 272, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019, señala lo siguiente:

*"ARTÍCULO 272. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas 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.*

(...)

*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.(...)"*

Visto lo anterior, se advierte que el Acto Legislativo 4 de 2019, introdujo una modificación a las inhabilidades para ser elegido Contralor, pues la conducta prohibitiva consiste en haber sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, o haber ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Con relación a su tercera inquietud en la cual manifiesta que en consideración al nuevo texto del artículo 272 de la Constitución Política si se presenta derogación tacita en el artículo 6 de la ley 330 de 1996, igual como sucedió con la expedición del acto legislativo No. 02 de 2015 y en dicha medida qué numerales afectaría, me permito manifestarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2015, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos sobre la derogatoria de las normas. No obstante lo anterior, el artículo 7°. Del acto legislativo No. 4 de 2019, dispone sobre la vigencia lo siguiente:

*“Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.*

Ahora bien, con relación a su cuarta inquietud, relacionada con si una contraloría departamental hace parte de la rama ejecutiva del orden departamental, me permito señalar que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>1</sup>, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

“1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
- g) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta” (...)

La Ley 489 de 1998, no consagra la rama ejecutiva del orden territorial, por tal razón, se debe realizar un símil con la rama ejecutiva del orden nacional. Así mismo, respecto a la naturaleza de las contralorías en la organización del Estado, la Corte Constitucional en Sentencia C-405 de 1998, expresó:

«De otro lado, no se debe olvidar que si bien el personero y los contralores mantienen relaciones con el concejo, en todo caso son organismos de control que gozan de autonomía orgánica y financiera, y tienen una garantía institucional sobre su independencia, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones (CP arts 113 y 117). Esto significa que en sentido estricto estos órganos no hacen parte de la administración municipal, que es el aparato sobre el cual los concejos ejercen su control político, así como el Congreso ejerce control sobre el gobierno y la administración (CP art. 114)». (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, las contralorías son órganos de control que no integran ninguna de las ramas del poder público y el cargo de Contralor Municipal no hace parte de la administración central o descentralizada del distrito o municipio. La contraloría municipal está dotada de autonomía administrativa y presupuestal, y tienen una garantía institucional sobre su independencia, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones.

Ahora bien, frente a quinta pregunta relacionada con si un profesional universitario de carrera administrativa de una contraloría departamental

se encontraría inhabilitado para ser contralor departamental del mismo departamento bajo la lectura del artículo 272 de la Constitución Política de Colombia modificado por el Acto Legislativo No. 04 de 2019, me permito traer a colación el siguiente fragmento del artículo 272 de la Carta Política

*(...) 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.(...)*

Es así como el acto legislativo 4 de 2019 que modificó el artículo 272 constitucional, dispone que no podrá ser elegido contralor municipal o departamental 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.

Así mismo la ley 330 de 1996 dispone lo siguiente:

(...)

" c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-147 de 1998, en cuanto al texto subrayado dispuso estarse a lo resuelto en Sentencia C-509-97."

(...)

Así las cosas, deben concurrir elementos para que se configure la prohibición para ser elegido contralor municipal o departamental que deba hacer la elección, a saber, quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo, quien dentro de año anterior a su elección -elemento temporal- haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva -conducta proscrita- del orden departamental, distrital o municipal -elemento territorial-.asi mismo, la ley 330 de 1996 dispuso que durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal.

Con relación a su sexta inquietud, relacionada con si un empleado al cual le asignaron funciones de contralor departamental, es causal de inhabilidad para desempeñar el cargo de contralor departamental para el periodo 2020-2021, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>2</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).*

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Es así como, el Acto Legislativo 4 de 2019, con relación a las prohibiciones para ejercer el cargo de contralor departamental dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 4°. El artículo 272 de la Constitución Política quedará así:

«ARTICULO 272.

(...)

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. (...). (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional, 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.

El empleado que ejerce un cargo en propiedad es aquel en el cual fue nombrado con carácter definitivo, para desarrollar funciones de índole permanente (actuación incesante, continua), y si el cargo es de carrera, superando todas las etapas del proceso de selección. Si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, igualmente reviste una vocación de permanencia en el servicio, a pesar de la discrecionalidad que tiene el nominador para su provisión y desvinculación, es decir, que el empleado no se encuentre ocupando el cargo en forma transitoria mediante nombramiento provisional o mediante encargo.

Ahora bien, según manifiesta en su petición, la persona objeto de consulta le asignaron funciones, por tal motivo traemos a colación el Decreto 1083 de 2015, el cual en el artículo 2.2.5.5.52, dispone lo siguiente:

“Asignación de funciones. Cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza.

Esta situación no conlleva el pago de asignaciones salariales adicionales, por cuanto no se está desempeñando otro empleo.

El empleado a quien se le asignen las funciones no tendrá derecho al pago de la diferencia salarial y no se entenderá desvinculado de las funciones propias del cargo del cual es titular.”(Subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, esta Dirección Jurídica considera que un profesional de una contraloría departamental al cual se le asignaron funciones de contralor departamental, no se encuentra inhabilitado para postularse como contralor departamental, en los términos del artículo 272 de la Constitución política. Tampoco incurre en la incompatibilidad para acceder al cargo de contralor departamental por habersele asignado funciones de contralor departamental por cuanto la prohibición, contenida en el artículo 272 de la Constitución Política, está dirigida a los contralores que desempeñaron el cargo en propiedad.

Finalmente, frente a su séptima inquietud relacionada si es procedente la figura de la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo de un empleado de carrera administrativa para ocupar el cargo de contralor departamental, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, consagra:

*“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.*

De otra parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil en criterio unificado de fecha 13 de agosto de 2013, se pronunció frente a la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, señalando lo siguiente:

*En relación con lo establecido en el Decreto No. 2809 de 2010 en el sentido que “Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios” 6 (Énfasis fuera del texto), se debe precisar que para que sea posible acceder a una nueva comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, el servidor debe contar con evaluación de desempeño laboral vigente y definitiva en el nivel sobresaliente, la cual se obtiene únicamente al ser evaluado en el empleo de carrera administrativa, situación que no se logra a través de los Acuerdos de Gestión, comoquiera que no equivalen a una evaluación de carrera al ser un instrumento técnico que no permiten acceder a la calificación sobresaliente en la medida que no cuentan con medio probatorio para ello, ni permiten una valoración cualitativa o cuantitativa, que es propio del sistema de evaluación para los servidores de carrera administrativa, tal como aparece definido técnicamente dicho instrumento por el órgano competente que es el DAFP.*

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

*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.

Teniendo en cuenta las normas citadas, se infiere que la figura de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo, se estatuyó, entre otras razones, como un mecanismo para salvaguardar los derechos de carrera administrativa de los empleados que son nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo.

De otra parte, se tiene que el cargo de contralor departamental es de periodo, según lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución Política, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el empleado de carrera administrativa cumple con los requisitos establecidos en las normas para que se le otorgue comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, es procedente utilizar dicha figura para desempeñar el empleo de contralor departamental.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó Luis Fernando Nuñez

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

2602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

2. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:06:21