



Función Pública

Concepto 096811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000096811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000096811

Fecha: 09/03/2020 08:00:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. RAD. 20202060052042 del 07 de febrero de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual consulta:

¿Cuando Funcionario del Nivel directivo de una Contraloría Departamental es nombrado por loa Asamblea Departamental en Encargo en el cargo de Contralor Departamental debido a que este término el periodo el 31 de diciembre, ¿el Contralor encargado al terminar su encargo por la llegada del nuevo contralor, tiene las mismas inhabilidades que un contralor titular para ejercer cargos públicos y contratar en su jurisdicción?

Atendiendo a la misma me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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”. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

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.

Ahora bien, frente a las incompatibilidades para ser elegido contralor, la Constitución Política establece:

“ARTICULO 272. (Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019.) 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.

(...)

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).

De acuerdo a lo anterior, 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.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en reciente jurisprudencia, con radicado No. 11001-03-28-000-2018-00111-00 y ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, consideró frente al alcance de las inhabilidades en el desempeño de cargos en la modalidad de encargo lo siguiente:

“2.3.2.2 La primera referida a ejercicio del encargo tratándose de gobernadores y alcaldes, caso en el cual la ley ha regulado expresamente estas situaciones. Sobre el particular la Sección Quinta³ explicó recientemente que los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, delimitaron cuáles inhabilidades se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, que circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo.

2.3.2.3 Respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, esta Sala de Decisión ha considerado que, si la inhabilidad para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados, no es dable aplicarle a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles⁴.

2.3.2.4 Así las cosas, se puede concluir que si el régimen de inhabilidades establece excepciones aplicables a los casos cuando se ejerce el empleo en la modalidad de encargo, serán éstas las directrices a tener en cuenta para determinar la configuración o no de la misma. Por el contrario, si el precepto normativo que contiene la limitante no establece de forma taxativa su aplicación para el desempeño del cargo en encargo, entiende la Sala que no se puede invocar la configuración de la inhabilidad aplicable al titular del empleo, por tratarse el encargo de una forma de vinculación de carácter temporal prevista a efectos de superar una dificultad coyuntural de la función pública.”

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

Conforme lo dispuso el Consejo de Estado, respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, si la inhabilidad, situación analizada en dicha ocasión, para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados, no es dable aplicarles a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles.

Más adelante la citada jurisprudencia dispuso frente a la situación administrativa del encargo lo siguiente:

“2.3.3.1 Respecto de la naturaleza del encargo

2.3.3.1.1 Con anterioridad la Sala Electoral señaló la diferencia entre el encargo de funciones y el encargo del empleo⁵, en los siguientes términos:

“El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación⁶

Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones, pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

En otros términos, el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.”

2.3.3.1.2 Lo anterior, permite concluir que cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, mientras que, si es un encargo de funciones se constituye en una situación administrativa laboral que escapa del conocimiento del juez electoral.

2.3.3.1.3 Esta postura se reiteró cuando posteriormente se señaló⁷:

“Para la Sección, la vacancia definitiva del cargo de Director y la toma de posesión por parte del demandado de dicho empleo evidencian, sin lugar a duda, que a través del acto demandado sí se proveyó, aunque de manera temporal, el cargo de Director Regional del SENA, lo que lo erige como un verdadero acto nombramiento.

En efecto, a través del acto acusado el señor Pardo Jiménez tuvo acceso al cargo de director, pues este empleo se encontraba vacante, es decir, se entiende que el demandado reemplazó o sustituyó al director anterior, lo que erige a la resolución acusada en un verdadero acto de nombramiento, ya que, se insiste, a través del acto acusado se proveyó, solo que bajo la modalidad de encargo, un cargo de libre nombramiento y remoción - que se encontraba vacante⁸.

En otras palabras, contrario a lo asegurado por el a quo, a través del acto acusado no se “encargaron al demandado unas funciones”, sino que se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante de forma definitiva, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento.

2.3.3.1.4 Descendiendo al caso en particular se concluye que el acto mediante el cual se encargó al señor Pedro León Reyes Gaspar de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, constituye un acto de nombramiento, pues el cargo que ocupó de manera transitoria se encontraba vacante de forma definitiva por la culminación del período institucional, siendo por ello que se dispuso el encargo del cargo en cabeza del demandado y no simplemente el desempeño de algunas de las funciones.

2.3.3.1.5 Así las cosas, la situación del demandado se analizará desde la perspectiva de un nombramiento efectuado para suplir la vacante definitiva que existía en el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana y no como la situación jurídica del encargo de funciones como lo

argumentó...

(...)

2.3.3.2.3 En este punto se destaca que la norma invocada por el demandante no establece inhabilidad alguna para quien desempeñe el cargo en la modalidad de encargo, sino que fija la prohibición para quien lo va a desempeñar en titularidad, caso en el que no se circunscribe la situación del demandado.

2.3.3.2.4 En un caso similar al objeto de estudio en el que se analizó la aplicación de una prohibición a quien desempeñó el cargo de rector universitario en la modalidad de encargo, esta Sala de Decisión²¹ concluyó:

“...en criterio de la Sala, la prohibición de reelección inmediata en el cargo de rector de la Universidad del Tolima sólo aplica para quienes han ocupado dicho cargo en propiedad.

En este caso, el señor Omar Albeiro Mejía Patiño fue designado como rector encargado de la Universidad del Tolima mediante Acuerdo 018 del 20 de agosto 2016 proferido por el Consejo Superior de dicho ente universitario a partir del 22 de agosto de ese año, en reemplazo del señor José Hernán Muñoz Ñungo quien renunció a dicho cargo y mientras se designaba rector en propiedad. (folio 25 del cuaderno 1 del expediente).

Así las cosas, es claro que esa primera designación se hizo en encargo y por tanto, no reúne las condiciones anteriormente señaladas para encuadrarse dentro de la prohibición bajo estudio.”

(...)

2.3.3.2.6 Adicionalmente precisa la Sala que la interpretación extensiva que realiza del demandante, al pretender aplicar una inhabilidad predicable al quien ejerce el cargo en propiedad respecto de quien va a asumir este empleo en encargo, vulnera de manera flagrante el principio de taxatividad de la inhabilidades al que se ha hecho referencia precedentemente. En tal virtud, los argumentos expuestos por el demandante sobre el particular no tienen vocación de prosperidad.” (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, en cuanto implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que, en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.

De otra parte, es preciso recordar que 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), es decir, que el empleado no se encuentre ocupando el cargo en forma transitoria mediante nombramiento provisional o mediante encargo.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, la persona que se desempeña como Contralor Departamental encargado, al terminar dicha situación, no le aplican las mismas inhabilidades e incompatibilidades del contralor electo por la corporación pública, toda vez que la prohibición contenida en el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política, está dirigida a los contralores que desempeñaron el cargo en propiedad.

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”, 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

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

3. 15 Sobre el particular el Consejo de Estado explicó: *"3.2.2.1. En efecto, el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, al regular lo atiente a la provisión de las vacantes de los gobernadores y alcaldes, precisó quiénes no podían ser encargados o designados para proveer aquéllas, limitando tal situación a las personas que se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 30 (en el caso de gobernadores) y 1º, 4º y 5º del artículo 37 (en el caso de alcaldes) de la Ley 617 de 2000.*

3.2.2.2. Nótese que el referido parágrafo al citar los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, hizo referencia a las normas específicas que consagran las inhabilidades para ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador y alcalde respectivamente, pero frente a todas las situaciones previstas por dichos preceptos, delimitó cuáles se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo o designación antes señalado.

3.2.2.3. La anterior distinción se realiza a partir del tenor literal del parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, comoquiera que si el legislador hubiese querido que las mismas causales de inhabilidad que se predicán para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente, fueran aplicables a quienes son encargados o designados en dichos cargos ante vacantes temporales o absolutas, simplemente en la norma antes señalada habría hecho referencia a los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, sin distinguir qué numerales de tales preceptos deben tenerse en cuenta.

3.2.2.4. Así las cosas, en cuanto al encargo o designación de alcaldes ante faltas temporales o absolutas, de las 5 causales de inhabilidad que

prevé el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, sólo se aplican las número 1º, 4º y 5º, por lo que se excluyeron las de los numerales 2º y 3º.” (Se resalta). Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 7 de febrero de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad 11001-03-28-000-2018-00627-00

4. En cuanto a la segunda transgresión sostenida en la demanda, del art. 272 inciso séptimo de la Constitución, con fundamento en que el demandado no podía ser Contralor Departamental porque desde el 12 de diciembre de 1991 era empleado público como Contralor Auxiliar, basta señalar que la inhabilidad consistente en haber ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal que consagra la norma en mención, constituye una imposibilidad para ser válidamente elegido en el cargo de Contralor Departamental, pero tal inhabilidad para desempeñar el destino

de origen electoral no está prevista por el Constituyente para otras situaciones, como sería el encargo de dicho empleo, que como ya se dijo, en cuanto a sus modalidades se rige por lo dispuesto en la ley.” (Negrillas fuera del texto primigenio) Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 23 de abril de 1993. M.P. Miguel Viana Patiño. Rad 0954. En este mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 6 de septiembre de 1994, M.P Amado Gutiérrez Velásquez Rad 1132. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2019,

M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad: 73001-23-33-000-000-2018-00383-01

5. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 18 de diciembre de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2017-00044-00.

6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, M.P: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007

7. Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 30 de agosto de 2018. M. P.: Alberto Yepes Barreiro. Rad: 25000-23-41-000-2018-00165-01.

8. Sobre el punto el artículo 2.2.5.5.45x3 del Decreto 1083 de 2015 estipula: “los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:50