



Función Pública

Concepto 49401 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000049401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000049401

Fecha: 07/02/2020 05:54:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex Personero Contralor Auxiliar. RAD. 20202060005102 del 07 de enero de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses por el hecho de nombrar a un ex Personero municipal cuyo periodo fue del 2016 al 2020, en la Contraloría Departamental en el cargo de Contralor Auxiliar para investigación fiscal, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las incompatibilidades de los Personeros, la Ley 136 de 1994¹, señala:

“ARTICULO 175. INCOMPATIBILIDADES: Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

a). Ejercer otro cargo público o privado diferente

b). Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO. Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, la Ley 617 de 2000², preceptúa:

“ARTÍCULO 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”. (Subrayado fuera de texto)

Frente al particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Edgar González Lopez, mediante pronunciamiento radicado con el número 11001-03-06-000-2016-00021-00(2282) del 22 de febrero de 2016, señaló lo siguiente:

“De este modo, lo que genera el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 frente al asunto consulado es el deber de revisar las incompatibilidades de los personeros, con el fin de establecer si por su extensión temporal se torna imposible que el personero saliente pueda participar de manera inmediata en el concurso público de méritos que se adelante con el fin de proveer el cargo para el siguiente periodo legal. A este respecto hay que acudir al artículo 175 de la Ley 136 de 1994 que regula las incompatibilidades del cargo de personero de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 175. Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente Ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

- a). Ejercer otro cargo público o privado diferente;*
- b). Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.*

PARÁGRAFO. Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones.” (Se resalta)

(...)”

Si se toman estas incompatibilidades en una interpretación literal, en particular las previstas en el literal a) del artículo 175 de la Ley 136 de 1994 y en el numeral 6º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 (en negrilla), y se extienden por un año más después de la dejación del cargo de personero, la respuesta a los interrogantes planteados sería necesariamente negativa, pues se llegaría a la conclusión de que los ex personeros, durante el año siguiente al vencimiento de su periodo, no podrían desarrollar ningún tipo de actividad o negocio particular o tener ningún tipo de empleo público o privado, pues la incompatibilidad es absoluta.

Sin embargo, el concepto de esta Sala es distinto, pues aplicada en esos términos, la incompatibilidad comportaría una carga excesiva para dichos funcionarios, quienes tendrían que subsistir durante el año siguiente a la dejación del cargo sin devengar ningún tipo de salario o ingreso público o privado, lo cual resultaría desproporcionado y desconocería derechos fundamentales como el trabajo, el mínimo vital, la libre autodeterminación, etc.

Es claro que mientras se ejerce el cargo de personero es exigible de dicho funcionario una dedicación total de su tiempo y esfuerzos a la labor para la cual ha sido elegido, de manera que no se ocupe de otras actividades o empleos públicos o privados. En este momento la incompatibilidad analizada tiene como propósito principal asegurar la exclusividad en el desempeño del cargo -como medio para lograr mayor eficiencia administrativa-, y en ese sentido se justifica su carácter absoluto. Por ello, el artículo 38 de la Ley 617 de 2000 la circunscribe al desempeño simultáneo de otro cargo.

Sin embargo, cuando el personero ha dejado su empleo, la ampliación de la referida incompatibilidad por 12 meses más -como ordena el artículo 51 de la Ley 617 de 2000- adquiere una finalidad distinta ya no relacionada con ese deber de exclusividad propio de los servidores públicos, sino con la necesidad de asegurar transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública, en el sentido de evitar que el cargo de personero pueda ser utilizado para procurarse un empleo o actividad pública o privada posterior.

Dado lo anterior, el estudio de esta incompatibilidad exige un análisis de razonabilidad y de proporcionalidad diferenciado a partir de los fines que en cada momento se persiguen. En particular cuando se ha dejado el cargo de personero lo principal no será la garantía de exclusividad (que ya no se justifica) sino de transparencia y moralidad pública.

En este contexto, la Sala observa que la aplicación de la incompatibilidad analizada después de la dejación del cargo de personero no llega a tener el mismo carácter absoluto de cuando se está desempeñando ese empleo si se tiene en cuenta, por ejemplo:

i). La prohibición de acceder a un cargo o empleo público solo resulta razonable en el municipio o distrito en que se ejerció la respectiva función de control, que es el lugar donde el ex personero podría haber utilizado su cargo para asegurarse un nombramiento o designación a la terminación de su periodo; por tanto, como ha señalado la jurisprudencia para otros supuestos similares³, no resulta razonable aplicar la extensión temporal de la incompatibilidad a otras entidades territoriales distintas a la que se ha ejercido el cargo, pues esa exigencia resultaría desproporcionada a la luz de los principios de transparencia y moralidad administrativa que se buscan proteger.

(i) En cuanto a la imposibilidad de desempeñar un empleo privado durante el año siguiente al ejercicio del cargo, la Sala considera que esa materia está regulada actualmente y de forma más precisa en el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011 sobre prohibición de gestión de intereses privados por ex servidores públicos¹⁵, donde se observa que la restricción no es absoluta (cualquier empleo privado) sino relativa exclusivamente a “los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”

(...)” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el Consejo de Estado, la incompatibilidad contenida en el artículo 175 de la mencionada Ley 136 de 1994 comportaría una carga excesiva para los Personeros, quienes tendrían que subsistir durante el año siguiente a la dejación del cargo sin devengar ningún tipo de salario o ingreso público o privado, lo cual señala esta corporación, resultaría desproporcionado y desconocería derechos fundamentales como el trabajo, el mínimo vital y la libre autodeterminación.

En efecto, mientras se ejerce el cargo de personero es exigible de dicho servidor una dedicación total de su tiempo y esfuerzos a la labor para la cual ha sido elegido, de manera que no se ocupe de otras actividades o empleos públicos o privados simultáneamente.

No obstante lo anterior, cuando el Personero ha dejado su empleo, la ampliación de la referida incompatibilidad por 12 meses más como lo señala el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 adquiere una finalidad distinta ya no relacionada con ese deber de exclusividad propio de los servidores públicos, sino con la necesidad de asegurar transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública, en el sentido de evitar que el cargo de Personero pueda ser utilizado para procurarse un empleo o actividad pública o privada posterior.

Por consiguiente, es claro el Consejo de Estado en señalar que la aplicación de la incompatibilidad analizada después de la dejación del cargo de Personero no llega a tener el mismo carácter absoluto de cuando se está desempeñando ese empleo, toda vez que la prohibición de acceder a un cargo o empleo público solo resulta razonable en el municipio o distrito en que se ejerció la respectiva función de control, que es el lugar donde el ex Personero podría haber utilizado su cargo para asegurarse un nombramiento o designación a la terminación de su periodo.

Así las cosas, no resulta prudente aplicar la extensión temporal de la incompatibilidad a otras entidades territoriales distintas a la que se ha ejercido el cargo, pues esa exigencia resultaría desproporcionada a la luz de los principios de transparencia y moralidad administrativa que se buscan proteger.

Frente a la naturaleza de las Contralorías Departamentales, la Constitución Política establece:

“ARTICULO 267. (Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019). La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de 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.

(...)”

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

(...)” (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 330 de 1996 ⁴ establece:

“ARTÍCULO 1o. COMPETENCIA. Corresponde a las Contralorías Departamentales ejercer la función pública de control fiscal en su respectiva jurisdicción, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y la ley.

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA. Las Contralorías Departamentales son organismos de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual.

En ningún caso podrán ejercer funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.”

“ARTÍCULO 14. CONTRALOR AUXILIAR. El Contralor auxiliar o Subcontralor será de libre nombramiento y remoción del Contralor Departamental.”

Conforme a lo anterior, las Contralorías Departamentales son las encargadas de ejercer la función pública de control fiscal en su respectiva jurisdicción, en forma concurrente con la Contraloría General de la República, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y la ley; a quienes les corresponde la vigilancia de los municipios, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Teniendo en cuenta los anteriores preceptos normativos y jurisprudenciales, en criterio de esta Dirección Jurídica el ex Personero de un municipio al terminar su período respectivo, estará impedido legalmente para desempeñar cualquier cargo público en el respectivo municipio, incompatibilidad que se extiende hasta los doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo.

Lo anterior acogiendo el criterio del Consejo de Estado en el sentido que la prohibición de acceder a un cargo o empleo público solo resulta razonable en el municipio en que se ejerció la respectiva función de control, que es el lugar donde el ex Personero podría haber utilizado su cargo para asegurarse un nombramiento o designación a la terminación de su periodo.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios
2. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
3. Esta regla puede verse por ejemplo en la Sentencia C-147 de 1998 en la que la Corte Constitucional aclaró que la inhabilidad para ser contralor por haber ocupado en el año anterior “cargo público del orden departamental, distrital o municipal” (artículo 272 C.P.) no puede interpretarse de manera absoluta (para todo el territorio nacional) pues resultaría irrazonable y desproporcionada; por tanto, se aclaró que dicha inhabilidad solo es razonable si se aplica en la entidad territorial donde se haya ocupado el respectivo cargo público. Igualmente, en la Sentencia C-767 de 1998 en la que se indicó: “Así, si la persona fue trabajador o empleado oficial en el respectivo municipio, entonces ese caso ya está comprendido en la inhabilidad específica para ser personero, pues habría ejercido un cargo público en el año anterior en la entidad territorial. Y si la persona ocupó un cargo en otro municipio, la extensión de la inhabilidad prevista para el alcalde es irrazonable, por cuanto en tal evento no aparece clara cuál es la protección a la función pública que se logra evitando que esa persona llegue a ser personero. Así, en un caso similar relativo a las inhabilidades para ser contralor departamental, la Corte consideró que la finalidad de este tipo de inhabilidades es impedir que una persona utilice su cargo para hacerse elegir en un cargo de control, o que, la persona electa en esa función resulte controlando sus actuaciones precedentes como servidor público. La Corte precisó entonces que “este peligro no existe cuando se trata de una persona que ha desarrollado su función en otro departamento, ya que la persona no puede utilizar su cargo en un departamento para hacerse elegir en otro departamento, ni resulta, en caso de ser elegida, controlando ex post sus propias actuaciones. Por ende, en este caso, la inhabilidad no encuentra ninguna justificación razonable”.
4. Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:53:43