



**Función Pública**

## Concepto 96791 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000096791\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000096791

Fecha: 09/03/2020 07:46:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. RAD. 20209000050532 del 06 de febrero de 2020.

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

"(....)

1. *¿Un aspirante de los que conforma la terna para ser elegido contralor estaría incurso en alguna inhabilidad si es el hermano de la persona que actualmente está cumpliendo el encargo como Contralor Municipal de Yumbo, mientras se surte el proceso de selección del Contralor Municipal periodo 2020-2021?*

2. *¿Se encontraría inhabilitado el aspirante que actualmente ostenta el cargo de directora operativa de Control Fiscal en la Contraloría Municipal de Yumbo?*

3. *¿Se presentaría alguna inhabilidad en el aspirante que haya ocupado un encargo como contralor municipal dentro del año anterior a su elección?"*

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 pronunciamientos<sup>1</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>2</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”. (Negritas 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.

1.- Frente a las inhabilidades 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.*

(...)

*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).*

Visto lo anterior, se advierte que el Acto Legislativo 4 de 2019, introdujo una modificación a las inhabilidades para ser elegido Contralor, de modo que no podrá ser elegido para ejercer dicho cargo, 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.

Asimismo, 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.

Por su parte, la Ley 136 de 1994<sup>3</sup> dispone:

*“ARTÍCULO 161. RÉGIMEN DEL CONTRALOR MUNICIPAL. Quien haya ejercido en propiedad el cargo de contralor distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno del correspondiente distrito o municipio, salvo el ejercicio de la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.*

(...)

*Sólo el Concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría. En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría.*

(...)”

*“ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. (artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994). No podrá ser elegido Contralor, quien:(...)*

*c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.”*

Al respecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-367-96 con ponencia del Magistrado Julio Cesar Ortiz Gutierrez, determinó:

*“En ese orden de ideas, es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas por el artículo 272 de la Carta, por tanto, los cargos formulados por el actor contra el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994), no son de recibo en este proceso.*

*En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, actuando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,*

**RESUELVE:**

*Declarar EXEQUIBLE el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994)”. (Subrayado fuera de texto).*

A su vez, el artículo 95 de la normativa ibidem dispone:

*“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. 8 Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000). No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:*

(...)

*4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.”*

De acuerdo al artículo en precedencia, no podrá inscribirse como candidato, ni ser elegido o designado contralor quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos), primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

En ese orden de ideas, para el análisis de la inhabilidad que acá se cuestiona deberán estudiarse dos aspectos: primero, el parentesco en los grados señalados en la norma; y segundo, el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa como empleado público del pariente del aspirante al cargo.

Cabe recordar que conforme al artículo 35 y siguientes del Código civil, el parentesco entre hermanos es en segundo grado de consanguinidad.

Por otra parte, los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994, de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:*

*1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*

*2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.” (Subrayado fuera de texto)*

*3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”*

*“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.*

*Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”*

*“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.*

*También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.” (Subrayado fuera de texto)*

En relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01/52001-23-33-000-2015-00840-01, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez:

*“Bajo esas condiciones esta Sala Electoral ha señalado que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, “es necesario acudir a dos criterios fundamentales. Uno de ellos corresponde al criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan”<sup>4</sup>. El criterio orgánico, entonces, si bien*

permite señalar que el ejercicio de autoridad indefectiblemente coincide con el ejercicio de las funciones de cargos del nivel directivo que son aquellos que *“comprenden los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”*<sup>5</sup> (Decretos 770 y 785 de 2005, artículo 4, numeral 4.1.).

No obstante, existen otros empleos que no siendo de dirección en la correspondiente estructura de la entidad comportan el ejercicio de autoridad -criterio funcional o material- por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad. Desde esta perspectiva su existencia está atada al *“... conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (...)”* (Ley 909 de 2004, artículo 19).

Por tanto, cuando se pretenda indagar si una persona ejerció o no autoridad, no basta con determinar la categoría que su cargo tiene en la estructura de la administración, pues si bien aquel puede no hacer parte del nivel directivo, es posible que por las competencias asignadas a este se pueda determinar su presencia de aquella, por tenerlas expresamente atribuidas a ese cargo, en la Ley, el reglamento o el correspondiente manual de funciones<sup>6</sup>.

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

En este orden de ideas, deberá analizarse si el Contralor municipal encargado tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; o si hace parte de las unidades de control interno y legal o reglamentariamente tiene facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio; pues de ser así, el candidato se encontrará inhabilitado para ser electo Contralor.

2.- Ahora bien, frente a la naturaleza de las Contralorías municipales, la Constitución Política establece:

*“ARTÍCULO 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.”*

*“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.*

*El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.*

*El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un*

sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.”

Por su parte la Ley 136 de 1994 consagra:

“ARTÍCULO 154. RÉGIMEN DE CONTROL FISCAL. El régimen del control fiscal de los municipios se regirá por lo que dispone la Constitución, la Ley 42 de 1993, lo previsto en este capítulo y demás disposiciones vigentes.”

“ARTÍCULO 155. CONTRALORÍAS. Las contralorías distritales y municipales son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrán realizar funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.”

Con base en la normativa que antecede, puede concluirse que las Contralorías territoriales no hacen parte de la rama ejecutiva, toda vez que les corresponde el ejercicio del control fiscal en los territorios.

En lo que respecta a las funciones de los contralores municipales, el artículo 272 de la Constitución Política establece:

“(…)  
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.

(…)”

Por su parte, la Ley 136 de 1994 sobre las atribuciones de los contralores establece:

“ARTÍCULO 165. ATRIBUCIONES. Los contralores distritales y municipales, tendrán, además de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política, las siguientes atribuciones:

(…)

4. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, todo ello conforme al régimen legal de responsabilidad fiscal.

5. Aprobar los planes de cuentas de las entidades sometidas a su control y vigilancia y conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno en las mismas. Los planes de cuentas deberán ceñirse a la reglamentación que expida el Contralor General de la República.

(…)

7. Proveer mediante los procedimientos de la carrera administrativa, los empleos de su dependencia y reglamentar los permisos y licencias de conformidad con la ley.” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, se considera que los contralores municipales ejercen funciones de dirección administrativa, toda vez que les corresponde la provisión de los empleos de la respectiva entidad entre otras, según se anunció anteriormente.

3.- 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 Quinta<sup>7</sup> 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, qué 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 viable aplicarles a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles<sup>8</sup>.*

*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 empleo<sup>9</sup>, 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 Corporación<sup>10</sup>. 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 señaló<sup>11</sup>:

*“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 vacante<sup>12</sup>.*

*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 Decisión<sup>21</sup> 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 asumir este empleo en encargo, vulnera de manera flagrante el principio de taxatividad de las 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección Jurídica considera:

1. El pariente del contralor municipal encargado se encuentra inhabilitado para ser contralor municipal, teniendo en cuenta la remisión expresa en el literal c del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, a las inhabilidades de los alcaldes en lo que le sea aplicable; esto es, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.
2. La persona que ostenta el cargo de directora operativa de Control Fiscal en la Contraloría Municipal de Yumbo, no se encuentra inhabilitada para resultar electa contralor municipal, teniendo en cuenta que no ejerce un cargo en la rama ejecutiva del respectivo municipio.
3. Por último, la persona que se desempeña como Contralor Municipal encargado, no se encuentra inhabilitado para ser electo contralor, por cuanto la prohibición de desempeñar cualquier empleo oficial en el municipio, contenida en el 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 López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente No: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
4. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 5 de junio de 2003. Expediente No. 2003-03090.
5. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez.
6. Sobre el particular, esta Sección ha indicado que: "(...) Corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo, o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa' (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2002. Expediente 2804).
7. 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 el 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

8. 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

9. 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.

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

11. 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.

12. 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 08:21:23*