



Función Pública

Concepto 276001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000276001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000276001

Fecha: 25/06/2020 05:11:43 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo por ser trabajador oficial. RAD. 20209000248922 del 14 de junio de 2020

En comunicación de la referencia, informa que se desempeñó como Jefe de Área de Aseguramiento y Gestión Social en la Empresa Aguas de Córdoba S.A., E.S.P., sociedad anónima constituida como empresa industrial y comercial del estado, vinculado mediante contrato de trabajo y en calidad de trabajador oficial. Con base en esta información, solicita se le indique si se encuentra inhabilitado para aspirar al cargo de Contralor Departamental del departamento de Córdoba, agregando que en su criterio la expresión “cargo público” no se hace extensiva a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

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

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

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

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

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

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

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

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

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

entre otras.

De otro lado, es importante señalar que existe diferencia entre un contratista del Estado y un servidor público.

Frente a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, se señala que esta se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual señala:

“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”
(Destacado nuestro)

Como puede observarse, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Éstos no general una relación laboral ni involucran el elemento de subordinación laboral.

Por su parte, el artículo 123 de la Constitución Política, señala:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia C-604 de fecha 1 de agosto de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, afirmó lo siguiente:

El concepto de “cargo público” en la Constitución

La utilización del término cargo público ha sido empleado por el Constituyente para significar in genere, el ejercicio de funciones públicas.

Así, el ARTÍCULO 40 de la Carta establece que para hacer efectivo el derecho de ciudadanía se puede:

“(…)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y reglamentará los casos a los cuales ha de aplicarse”

Por su parte el artículo 99 constitucional señala que: “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”

EL ARTÍCULO 110 dispone: “se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley.

El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura”

Entre tanto, el canon 272 ibidem, inciso 5º, 6º y 7º, al referirse a las contralorías departamentales, distritales y municipales advierte:

“(…)

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título universitario y las demás que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año, miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden distrital o municipal, salvo la docencia.

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 a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”

Aún más, ni siquiera el Legislador ha procedido en ese sentido para hacer una precisión normativa respecto del término en estudio. Por ejemplo, el artículo 115 de la ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone:

“El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas”. (Resaltado fuera de texto).

Se trata, sin duda, el planteamiento de la actora, de una interpretación particular que fuerza a una situación antinómica inexistente con las disposiciones superiores. No puede existir tal contradicción en el sentido de que la palabra “cargo” violente la normatividad superior cuando, el artículo 122 de la Carta establece que: “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la

Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”

Ahora bien, la reforma introducida a la disposición citada por el Acto Legislativo 1º de 2004 artículo 1º que trata de la pérdida de los derechos políticos hace precisa referencia a cargos de elección popular, cuando reza: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular...”

Por si fuera poco, tan no es excluyente la función del concejal con la de quien ocupa un cargo público, que el artículo 263 de la Constitución –y que fuere modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2003-, señala: “Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos por proveer en la respectiva elección”. (Resaltado fuera de texto).

De lo anterior se desprende, que si bien es cierto la Constitución no ha definido el concepto de cargo público, de una interpretación sistemática de ella se puede leer que el concepto de cargo público hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas, provengan estas fruto de una elección popular, como resultado de un nombramiento, como resultado de una vinculación como trabajador oficial, como consecuencia de la carrera administrativa, fruto de un periodo fijo, como resultado de un encargo provisional, como consecuencia de un trabajo temporal, entre otras.

En síntesis, las personas que se encuentran al servicio del Estado y ejercen funciones públicas tienen el carácter de servidores públicos y por ende sobre ellas pesa una obligación, deber, cargo o compromiso de cumplir las funciones encomendadas. Estas cargas u obligaciones, como lo manifestó el Ministerio Público, pueden devenir de una elección popular, de elección para corporaciones públicas, de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de carrera de docentes, de relación laboral contractual, de autoridad de las comunidades indígenas y otras creadas por la ley”.

De acuerdo con la Corte Constitucional, si bien es cierto la Constitución no ha definido qué es cargo público, de una interpretación sistemática de la misma puede inferirse que el concepto de cargo público hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas, provenientes de una elección popular, de un nombramiento, de una vinculación como trabajador oficial, como consecuencia de la carrera administrativa, fruto de un periodo fijo, como resultado de un encargo provisional, como consecuencia de un trabajo temporal, entre otras.

Recordemos que el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El concepto citado por el consultante en su solicitud respecto al contrato de prestación de servicios, no tiene aplicación en el caso objeto de la consulta pues tratándose de un trabajador oficial, su vinculación se realiza mediante un contrato laboral y no mediante un contrato de prestación de servicios.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que quien haya ejercido un cargo público, sea trabajador oficial o empleado público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, incluyendo a las empresas industriales y comerciales del estado de estos niveles, dentro del año anterior a la elección de contralor territorial, no podrá aspirar a este cargo en virtud de la prohibición señalada en el artículo 272 de la Carta. Si el consultante, ejerció el cargo de Jefe de Área de Aseguramiento y Gestión Social en la Empresa Aguas de Córdoba S.A., E.S.P, cargo público en su calidad de trabajador oficial, dentro del año anterior a la elección, no podrá participar del proceso de selección del contralor departamental.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”:

<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:48:25