



Función Pública

Concepto 071961 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000071961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000071961

Fecha: 01/03/2021 04:17:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex Personero. Ex personero municipal designado para ser empleado del respectivo municipio.
RAD.: 20212060072132 del 11 de febrero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para que una persona que estuvo designada de manera transitoria como Personera Municipal, pueda ser nombrada posteriormente como empleada del respectivo municipio en un cargo de libre nombramiento y remoción, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación a las incompatibilidades de los Personeros, la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", señala:

"ARTÍCULO 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.

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."

Por su parte, la Ley 617 de 2000, señala:

"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 nuestro)

Frente al particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Edgar González López, dentro del expediente con radicado número **11001-03-06-000-2016-00021-00**(2282) del 22 de febrero de 2016, señaló:

“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 similares¹, 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. (...)”

De acuerdo con lo afirmado por 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.

Así mismo, 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, cuando el personero ha dejado su empleo, la ampliación de la referida incompatibilidad por 12 meses 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.

Ahora bien, atendiendo a que en su petición manifiesta que ejerció como personero designado o encargado, es necesario efectuar algunas precisiones frente a esta figura.

El artículo 2.2.5.4.7 del Decreto **1083** de 2015², consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.4.7 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.”

Se infiere de lo anterior que se efectúa un encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Así mismo, el artículo **2.2.5.2.2** ibídem, clasifica el encargo como una vacancia temporal.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en reciente jurisprudencia con radicado número: **11001-03-28-000-2018-00111-00**, con ponencia de la Magistrada Rocío Araujo Oñate, estableció frente a la situación administrativa del encargo:

“2.3.3.1 Respecto de la naturaleza del encargo. Con anterioridad la Sala Electoral señaló la diferencia entre el encargo de funciones y el encargo del empleo³, 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 Corporación⁴. 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 señaló⁵:

“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 vacante⁶.

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. (...)”

Por consiguiente, cuando se trata de un encargo de un empleo, 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.

Más adelante, la precitada jurisprudencia consideró frente al alcance de las inhabilidades en el desempeño de cargos en la modalidad de encargo, lo siguiente:

“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 disímiles⁷.

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. (...)

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.”. (Subrayado nuestro).

Conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado, 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 aplicarles a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles.

Con base en el pronunciamiento jurisprudencial anotado en precedencia, esta Dirección Jurídica considera que quien ha ejercido el cargo de personero en calidad de designado o encargado no se encuentra inhabilitado para vincularse como empleado público en el respectivo municipio dentro de los doce meses posteriores a su retiro, toda vez que el precepto normativo que contiene el limitante objeto de estudio no establece de forma explícita su aplicación para el desempeño del cargo en encargo.

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: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. 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”.

2. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

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

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

5. 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.

6. 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.

7. 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. Magistrado Ponente: Miguel Viana Patiño. Rad 0954. En este mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 6 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente: 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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:52