



Función Pública

Concepto 135131 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000135131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000135131

Fecha: 19/04/2021 05:09:26 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA - INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Miembro JAC para contratar - SITUACIONES ADMINISTRATIVA - Duración encargo
RADICADO: 20219000165982 del 29 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta:

"1. Está inhabilitado un presidente de junta de acción comunal para contratar con la administración municipal o sus entes descentralizados? (E.S.E. Municipal, Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios)

2. cuál es la entidad encargada de administrar una biblioteca municipal, partiendo de la existencia de un instituto municipal de deporte, cultura y recreación y una secretaría de desarrollo social y competitividad

3. Cuál es el término legal para dejar en encargo de una secretaría de despacho, a un funcionario correspondiente a otra secretaría, y en caso tal de no existir término de encargo, que se debe hacer con el rubro correspondiente a ese salario".

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, para abordar el interrogante No. 1º de su consulta, el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, señala:

"ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta

persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”

También es importante considerar que la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

(...)

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

A su vez, el artículo 8º de la citada Ley, dispone:

“ARTICULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, es clara la prohibición de los servidores públicos para celebrar contratos con las entidades estatales, salvo las excepciones legales.

Ahora bien, la Ley 743 de 2002², define la naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal así:

“ARTÍCULO 6: (...) acción comunal, es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.

ARTICULO 8º. Organismos de acción comunal:

a) *Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.*

La junta de vivienda comunitaria es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente artículo si fuere procedente;" (Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma en cita, las juntas de acción comunal, son organizaciones cívicas, sin ánimo de lucro, encaminadas al desarrollo comunitario. Ello quiere decir, que no pertenecen al sector central o descentralizado de las entidades territoriales ni de la nación y sus integrantes no son servidores públicos.

Ahora bien, el artículo 19 de la mencionada Ley 743 de 2002, dispone:

"ARTICULO 19. Objetivos. Los organismos de acción comunal tienen los siguientes objetivos:

(...)

f) Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo;" (Subrayado y negrilla nuestra)

De acuerdo con esta norma, es clara la facultad que tienen los organismos de acción comunal para celebrar contratos con entidades públicas.

Por consiguiente, como quiera que los miembros de las Juntas de Acción Comunal no ostentan la calidad de servidores públicos, en criterio de esta Dirección, el presidente de la Junta de Acción Comunal del Municipio podrá celebrar contratos con el municipio donde es presidente de la junta de acción comunal. Así las cosas, siempre que el presidente no tenga la calidad de servidor público, no se encontraría inhabilitado para suscribir un contrato con el estado.

Por otro lado, en cuanto a su interrogante No. 2 en el que consulta *"cuál es la entidad encargada de administrar una biblioteca municipal, partiendo de la existencia de un instituto municipal de deporte, cultura y recreación y una secretaría de desarrollo social y competitividad"*, me permito indicar que la Dirección de Desarrollo Organizacional de este Departamento Administrativo en virtud de las funciones asignadas por el artículo 16 del Decreto 430 de 2016, respondió su interrogante, señalando:

"Como quiera que estamos hablando de dos entidades diferentes, respecto al Instituto Municipal de Deporte, Cultura y Recreación, al estar la entidad constituida como un instituto, debe contar con los estatutos correspondientes donde se delimiten y especifiquen estos detalles, incluidas las funciones y competencias. En cuanto a la secretaría de desarrollo social y competitividad, las funciones de esta dependencia, como parte de la administración central del municipio, están contenidas en el decreto de estructura expedido por la administración para estos fines".

Ahora bien, para responder su interrogante No. 3 referente al término de encargo de una secretaria de despacho, o a un funcionario correspondiente a otra secretaría, la Ley 909 de 2004³, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos 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 definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. *Lo dispuesto en este artículo se aplicara para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.*
(Destacado nuestro)

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015, sobre la forma de proveer las vacancias temporales o definitivas en empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, indicó:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 *Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente. En el evento en el que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades.

En caso de vacancia definitiva en un empleo clasificado como de libre nombramiento y remoción, este se podrá proveer mediante encargo con un empleado de carrera o uno de libre nombramiento y remoción a juicio de la autoridad nominadora y siempre que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

Así mismo, en caso de vacancia definitiva de un empleo de libre nombramiento y remoción, el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Se precisa que una vez finalizado el encargo, el empleado regresa a su cargo del cual es titular; pues una vez cumplido el plazo de 3 meses del encargo o el de su prórroga, el empleo deberá ser provisto de manera definitiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019.

En consecuencia y para abordar el tema de consulta, en virtud de lo indicado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 1083 de 2015, se concluye:

- En Vacancia temporal: El encargo tanto en empleos de Carrera como en empleos de libre nombramiento y remoción, se efectuará por el tiempo que dure la vacancia temporal.

- En Vacancia definitiva: La Ley 1960 de 2019, modificadorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, no contempló término definido para el encargo en vacancia definitiva de empleos de Carrera. No obstante, el nominador antes de cumplirse el término de duración del encargo por resolución motivada, podrá darlo por terminado, en virtud del artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

Cuando se trate de vacancia definitiva en empleos de libre nombramiento y remoción, el encargo será par un término de tres (3) meses, prorrogables par tres (3) meses más, periodo que una vez culminado obliga a la provisión definitiva del empleo.

Así las cosas, corresponderá al interesado determinar la naturaleza jurídica del empleo al cual se refiere su consulta y la vacancia que presenta el mismo, para realizar en consecuencia, el encargo siguiendo las normas indicadas en el presente concepto.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal.
3. "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:37