



Concepto 469991 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000469991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000469991

Fecha: 29/12/2021 10:53:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Ex Personero. Ex personero municipal encargado o designado para ser empleado o contratista del respectivo municipio. RADS.: 20212060718832, 20212060719502 y 20212060737122 del 26 de noviembre y 10 de diciembre de 2021.

En atención a sus comunicaciones de la referencia, dos presentadas ante esta entidad y otra ante el Consejo de Estado, mediante las cuales consulta si existe inhabilidad o incompatibilidad para que quien ocupó el cargo de Personero Municipal en encargo durante un mes, pueda contratar o vincularse como servidor público de libre nombramiento y remoción del respectivo municipio, 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 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

(...)

- 5. Ser poderoso o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.
- 6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
- 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARÁGRAFO Lo dispuesto en el presente Artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c) y d) del Artículo 46 de la Ley 136 de 1994."

(...)

"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." (Destacado nuestro)

Respecto a las incompatibilidades de los Personeros, la Corte Constitucional en sentencia C-200 del 21 de febrero de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, expresó:

“Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Así mismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere de funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales.”

De conformidad con las normas anteriormente citadas, las incompatibilidades del Personero para desempeñar otro cargo público o privado diferente, y para ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria, tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y se extienden hasta doce (12) meses posteriores a su retiro, ya sea por vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia. También estará impedido para celebrar contrato con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, en el respectivo municipio, dentro de 12 meses siguientes a su retiro.

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 similares, 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.

Así las cosas, esta Dirección considera que un ex personero municipal se encuentra impedido para celebrar contratos o ser nombrado empleado público dentro del respectivo municipio dentro de los 12 meses siguientes a su retiro en el municipio donde ejerció como tal. Por el contrario, el ex personero de un municipio podrá celebrar contratos o vincularse como empleado público en con otras entidades territoriales, distintas a la que se ha ejercido el cargo.

Por último, debe recordarse que en cuanto a la aplicación de la inhabilidad para celebrar contratos, se aplicará la prevista en el Artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, según la cual, no podrán contratar Directa o indirectamente con la entidad respectiva las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el cargo de personero corresponde al nivel directivo, se aplicará esta prohibición legal, en el sentido en que los ex personeros municipales no podrán celebrar contratos directa o indirectamente durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo, únicamente cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector en el que prestaron sus servicios.

Ahora bien, atendiendo a que en su petición manifiesta que ejerció como personera designada o encargada, es necesario efectuar algunas precisiones frente a esta figura.

El Artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015¹, 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 empleo, 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. 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:

“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.

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 disímiles.

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 cuando se desempeña el 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: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:34:12