



Concepto 074091 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000074091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000074091

Fecha: 20/02/2023 04:25:52 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Personero. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión Empleo de Libre Nombramiento y Remoción. Liquidación de prestaciones sociales de secretario de concejo municipal. RAD.: 20232060016452 del 10 de enero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si es procedente que un empleado con derechos de carrera administrativa puede participar para ser elegido personero municipal en el mismo ente territorial y ser comisionado para desempeñar ese empleo de período, así como si existe inhabilidad para ejercer ese empleo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre la comisión para desempeñar empleos de período, el artículo 26 de la Ley 909 de 2004¹ que al respecto establece:

“ARTÍCULO 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.” (Subrayado nuestro)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015², dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser: (...)

Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa. (Subrayas fuera del texto)

“ARTÍCULO 2.2.5.5.39 Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o período se regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De acuerdo con lo anterior, un empleado de carrera con evaluación del desempeño anual sobresaliente tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado, le otorgue mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo de libre nombramiento y remoción o de período, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa del empleo del cual es titular. Sin embargo, si su última calificación de servicios fue satisfactoria sin alcanzar el nivel sobresaliente, es facultativo del jefe de la entidad otorgarle dicha comisión.

Sobre el particular, esta Dirección Jurídica ha manifestado las siguientes generalidades de la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, y sus consecuencias frente a los derechos de quien se encuentra en dicha situación administrativa, en los siguientes términos:

La figura de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período fijo, se estatuyó, entre otros aspectos, como un mecanismo para salvaguardar los derechos de carrera administrativa a los empleados que tomen posesión en cargos libre nombramiento y remoción o de período fijo.

El empleado a quien se le concede esta comisión no queda desvinculado de la entidad y en su empleo de carrera se produce una vacancia temporal.

El empleado comisionado para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período fijo, es objeto de una nueva vinculación laboral en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período fijo, según el caso.

En virtud del ejercicio del empleo de libre nombramiento y remoción o de período fijo, el empleado devenga salarios y prestaciones sociales a cargo de la entidad en la que ejerce dicho empleo.

Ahora bien, con respecto a ocupar el cargo de personero, el empleado público que se encuentra en ejercicio de sus funciones, es procedente analizar las inhabilidades propias del cargo establecidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994³, el cual estipula que no podrá ser elegido personero quien:

“b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio; (...)”
(Destacado nuestro)

Por su parte, la Corte Constitucional declaró exequible el literal b del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en Sentencia C- 617 de 1997, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, donde señaló:

“El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.”

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución la haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

- El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”

“Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo

al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que para que una persona pueda ser elegida por el concejo municipal o distrital como personero, no debe haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.

Con respecto a lo que debe entenderse por administración central o descentralizada del distrito o municipio, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El sector central está conformado por la Alcaldía, las Secretarías y los Departamentos Administrativos.

Por su parte, 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.

En conclusión, para el caso de su consulta, el empleado de carrera administrativa con evaluación del desempeño sobresaliente, puede ser comisionado para el desempeño de un cargo de período fijo sin perder los derechos de carrera del empleo del cual es titular. Es pertinente aclarar que el amparo de los derechos de predican respecto a la entidad donde se encuentra vinculado el empleo del cual es titular, y no del cargo que se encuentra ejerciendo en comisión.

No obstante, aunque es procedente que el empleado mencionado en su consulta se le confiera comisión para desempeñar un empleo de periodo, si dicho servidor público durante el año anterior ocupó un cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado, se encuentra inhabilitado para aspirar a ser elegido personero del mismo municipio, de conformidad con el establecido en el literal b del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En consecuencia, y como quiera que en el escrito de su consulta se informa que el empleado público está vinculado en la respectiva administración municipal, en criterio de esta Dirección Jurídica, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido como personero en ese mismo ente territorial.

Finalmente, respecto de su última inquietud, se precisa que es viable conceder a los empleados de carrera administrativa una comisión para ejercer un empleo de período en un ente territorial distinto al que presta sus servicios, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, analizados en precedencia.

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 <https://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: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

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

³ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:47