



Concepto 128321 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000128321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000128321

Fecha: 05/03/2024 03:21:13 p.m.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Para vincularse como empleado público de quien se desempeñaba como secretario de despacho municipal y alcalde encargado. RAD: 2024900009516231 de enero de 2024

En atención a su comunicación de la referencia remita a esta en la cual eleva la siguiente consulta, “¿Puede un funcionario público que fungía como secretario de despacho de un municipio y que siendo encargado de las funciones de alcalde, asistió como presidente de Junta Directiva de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, descentralizada de dicho municipio, pertenecer en la vigencia siguiente a un cargo de confianza y manejo de dicha Empresa Descentralizada, o estaría incurso en alguna inhabilidad?” me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, es preciso indicar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala)

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

En relación, acerca del nombramiento de un ex secretario de despacho, que ejerció como alcalde encargado, en otro empleo público en el mismo ente territorial, se precisa que en cuanto a la figura del encargo, el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41. 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.

(...)

De acuerdo con lo anterior, 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.

Sobre la posibilidad de encargar como alcalde a un secretario de despacho, le informo que el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con Radicación 1219 de 1999, señaló:

“Régimen funcional y de responsabilidad de los alcaldes titulares y designados.

El alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro, salvo lo ya establecido sobre la revocatoria del mandato que no es procedente en este caso.” (Destacado nuestro)

La misma Corporación, mediante providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, del año 2009, estableció:

“Frente a los requisitos que requiere la persona que se ha designado para asumir el cargo de alcalde encargado, esta Corporación ha sostenido:

“El alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro, salvo lo ya establecido sobre la revocatoria del mandato que no es procedente en este caso.

Pero también respecto del alcalde designado operan las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, así como las causales de suspensión y destitución previstas para el alcalde elegido popularmente.”

De manera que si con el encargo la persona designada asume o ejerce las funciones de un empleo diferente respecto de aquél para el cual fue nombrado inicialmente y si tratándose del evento en el cual se designa un alcalde encargado, lo cierto es que este último asume todas las funciones, derechos, obligaciones y responsabilidades y se le aplican las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, etc., de conformidad con el artículo 122 constitucional, por lo cual resulta claro que el alcalde encargado requiere de la posesión en dicho empleo, puesto que se trata de una persona que si bien puede encontrarse vinculada al municipio respectivo y posesionada en determinado cargo, lo cierto es que la norma en comento, de manera precisa, especifica que tal solemnidad de posesión no se requiere únicamente para los eventos en que se pretenda el ingreso al ente oficial, sino para todos los casos porque la norma no distingue- en los cuales se quiera ejercer un cargo público y dado que el encargado asume las funciones propias del alcalde, para ejercerlas necesariamente requiere del acto de posesión. Sin duda, tal solemnidad, según lo explicado, es la forma a través de la cual se logra comprometer el comportamiento del funcionario que pretende desempeñar las funciones de alcalde, a los mandatos de la Constitución y de la ley. (Destacado nuestro)

De conformidad con los pronunciamientos expuestos, es viable concluir que con el encargo la persona designada asume o ejerce las funciones de un empleo diferente respecto de aquél para el cual fue nombrado inicialmente y asume todas las funciones, derechos, obligaciones, responsabilidades, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones del titular.

Ahora bien, se hace necesario revisar las incompatibilidades de los alcaldes, para lo cual la Ley 617 de 2000 dispone:

“ARTÍCULO 38.- Incompatibilidades de los alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

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.

Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.

Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

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 39.- Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

(...)”

(Destacado nuestro)

De acuerdo con las normas citadas, se colige que los alcaldes y quienes los reemplacen en el ejercicio del cargo, no podrán ejercer durante dicho término otro cargo o empleo público o privado. Nótese que la norma no extiende en el tiempo dicha limitante, lo que quiere decir que una vez finalizado su período Constitucional en el cargo de mandatario territorial, podrá ser nombrado en un empleo en una entidad descentralizada del mismo municipio.

Así las cosas, y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

En ese sentido y una vez revisadas las normas que rigen la materia, esta Dirección Jurídica considera que no existe inhabilidad para que quien ejerció como Secretario de Despacho y fue designado como alcalde encargado, al finalizar el período constitucional o al haber renunciado al cargo, pueda ser vinculado como empleado público en una entidad del nivel central o descentralizada del mismo municipio, siempre que cumpla con los requisitos señalados en la ley para ejercerlo.

Ahora bien, la Ley 128 de 1976 frente a las inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas, preceptúa:

ARTÍCULO 10.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

Concepto Sala de Consulta C.E. 2187 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Augusto Hernández Becerra. Rad. No. 11001-03-06- 000-2013-00521-00 de fecha 06 de agosto de 2014.

“El Decreto Ley 128 de 1976 establece una prohibición y una serie de incompatibilidades para los gerentes o directores de las entidades descentralizadas y los miembros de sus juntas o consejos directivos en los artículos 10 y 14, los cuales disponen:

“ARTÍCULO 10. De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

“ARTÍCULO 14. De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

a). Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;

b). Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley”.

Estas normas determinan la prohibición legal para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas de prestar sus servicios profesionales durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro y para los gerentes, directores o presidentes de las mismas dentro del año siguiente a su retiro, en la entidad pública en la cual actúan o actuaron y en las que formen parte del sector administrativo al cual pertenece la entidad.

La consulta explica la distinción entre el contrato de prestación de servicios y la vinculación legal y reglamentaria al Estado y señala que, como esta última se impone al servidor público en el sentido de que las condiciones laborales están preestablecidas, la prohibición no se referiría a ella.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en Sentencia del 24 de junio de 2004, Rad. No. 3246 (C.P. María Nohemí Hernández Pinzón), sostuvo que la prohibición de prestación de servicios profesionales establecida por el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 se refiere tanto a la modalidad de contrato de prestación de servicios como a la vinculación legal y reglamentaria con el Estado.

Concluyó la Sala, en coincidencia con la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia citada, que la prohibición para los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, así como para los gerentes, directores o presidentes de las mismas, consistente en prestar sus servicios profesionales, contemplada en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, se refiere tanto a la modalidad de vinculación legal y reglamentaria como a la de contrato de prestación de servicios con la entidad pública en la cual actúan o actuaron, o en otra del mismo sector administrativo. La Sala señaló incluso que dicha prohibición se refería también a la modalidad de una vinculación contractual laboral como es la propia de los trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en concordancia a la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 quien hizo parte como miembro de las juntas directivas no podrá vincularse como empleado público o como contratista.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniel Herrera Figueroa

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 18:28:36