



Función Pública

Concepto 129511 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000129511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000129511

Fecha: 15/06/2016 11:49:56 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para desempeñar un empleo público por parte de un ex Contralor Departamental. Autoridad administrativa por parte de los Contralores Departamentales. RAD.: 2016-206-012749-2 de fecha 02/05/2016.

En atención al oficio de la referencia el cual fue remitido a esta Entidad por parte de la Procuraduría Regional de Santander con oficio No. 003863 de 2016, SIAF 142501-2016, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- Frente a la pregunta si un ex Contralor Departamental encargado se encontraba inhabilitado para posesionarse en un empleo del nivel ejecutivo de una entidad municipal dentro del año siguiente a su retiro, le informo que la Constitución Política en su artículo 272 consagra:

“ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

<Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones. (Subraya fuera del texto)

-

Por otra parte, la Ley 136 de 1994¹, en su artículo 164 dispone:

“ARTÍCULO 164. *INCOMPATIBILIDADES*. Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta Ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.” (Subraya fuera del texto).

A su vez, la Ley 617 de 2000,² respecto a las incompatibilidades de quien ha ejercido el cargo de Contralor Departamental, establece:

“ARTICULO 51. *EXTENSION 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.” (Subraya fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se infiere que quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

En el mismo sentido, las normas citadas señalan que las incompatibilidades de los contralores departamentales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.

Ahora bien, respecto de la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades para quien ejerció un empleo mediante encargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, Consejera ponente: Maria Nohemí Hernandez Pinzón, señaló:

“(…) No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección en varias oportunidades; así, en sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

“... esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

Al respecto se observa:

Según los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular.

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada³. Así se pronunció al respecto:

“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.”⁴

En sentencia de 17 de febrero de 2005 se reiteró la tesis expuesta en precedencia, y se agregó que:

“Adicional a lo anterior debe señalarse que el encargo, como una situación administrativa que es, corresponde a una figura jurídica empleada para proveer los cargos ante vacancias definitivas o temporales, encomendando el ejercicio de esas funciones a otro empleado, quien puede ser desvinculado o no, de las funciones inherentes a su cargo (D.L. 2400 de 1968 art. 23 y D.R. 1950 de 1973 art. 34). Según el tenor literal de la primera disposición “Los empleados podrán ser encargados parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquéllos para los cuales han sido nombrados por ausencia temporal o definitiva del titular”, lo cual conduce a pensar que si en el acto de encargo no se delimitan las funciones, es claro que el encargado está habilitado para ejercerlas a plenitud, sin que del mismo puede predicarse, como lo hace el apoderado del accionado, que sea un simple administrador por tan precaria condición.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades que incluso esta Sección ha considerado que éstas se extienden a los funcionarios de facto o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente.⁵

(...)”

De acuerdo con la Sentencia del Consejo de Estado, las inhabilidades que se predicen a un empleo se configuran aun en el caso que el empleo se ejerza mediante encargo, en razón a que cuando se ejerce un empleo por encargo, quien lo desempeña realiza la totalidad de funciones constitucionales y legales asignadas al mismo.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleado de una contraloría departamental, municipal o distrital que haya ejercido el empleo de Contralor, aun en el caso que se haya realizado mediante encargo, se encuentra cobijado por las inhabilidades e incompatibilidades predicables al cargo, entre ellas, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Ahora bien, frente a la responsabilidad disciplinaria que pudo incurrir un servidor público por nombrar a un ex contralor departamental un año después de haber cesado sus funciones, es importante señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En virtud de lo anterior, este Departamento Administrativo no está facultado para vigilar, investigar, o supervisar entidades, ni servidores públicos, ni particulares, ni para pronunciarse sobre las actuaciones adelantadas por los mismos, y carece de competencia para declarar derechos.

2.- De otra parte, frente a la pregunta si un Contralor Departamental ejerce autoridad administrativa, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”

“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”
(Subraya fuera del texto)

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, el Presidente

de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

Ahora bien, frente al control fiscal, es necesario precisar que la Constitución Política señala:

“ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...)” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, la Ley 42 del 26 de enero de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 65. Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.

Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya autorizado la ley.”

“ARTÍCULO 66. En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa, y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas.”

“ARTÍCULO 71. Las contralorías departamentales, distritales y municipales ejercerán la jurisdicción coactiva de acuerdo con lo previsto en la presente Ley dentro de su jurisdicción.”

De acuerdo con lo anterior, las contralorías departamentales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción.

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que quien ejerce en calidad de Contralor, está dotado de poder decisorio de mando o de imposición sobre los subordinados o la sociedad, que se manifiesta, entre otras formas, a través del nombramiento o remoción del personal asignado a la respectiva dependencia, o bien mediante la imposición de sanciones, o incluso por medio de la ordenación del gasto o el diseño de las políticas de la entidad, y por lo tanto ejerce autoridad administrativa.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional

3 Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

4 Primera sentencia antes citada.

5 Auto de 13 de enero de 1994, exp. 1090 y sentencia de 13 de octubre de 2005 exp, 3816.

Ernesto Fagua/MLHM/GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:39:12