



Función Pública

Concepto 309121 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000309121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000309121

Fecha: 20/09/2019 06:27:15 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor municipal. RAD. 20192060291532 del 20 de agosto de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta cuales son los cargos a que se refiere el nivel ejecutivo, dispuesto por el artículo 272 de la Constitución Política; igualmente si un contratista de la Asamblea Departamental del Cesar se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de Contralor Municipal de Valledupar, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política dispone:

“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.

(...)

(nciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015). 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.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional, 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.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, frente a la inhabilidad transcrita en el inciso 8 del

artículo 272 de la Constitución Política, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, en sentencia con radicación número: 47000-23-33-002-2016-00074-02 de fecha 7 de diciembre de 2016, se pronunció ante la solicitud de nulidad del acto administrativo que declaró la elección del Contralor del Distrito de Santa Marta:

"5. Lineamientos generales acerca de la inhabilidad contemplada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución Política.

El régimen jurídico colombiano prevé una serie de inhabilidades para el acceso a los cargos públicos, las cuales tiene como propósito garantizar que los principios que deben regir la función pública se materialicen y se hagan efectivos⁴⁰. Por supuesto, el cargo de contralor no es la excepción, razón por la que en la misma Carta Política se impusieron una serie de restricciones al acceso a dicha dignidad.

En efecto, el Constituyente de 1991 estableció, entre otras limitaciones, una inhabilidad para aquellos que aspirasen a ejercer como contralores en las distintas entidades territoriales del país. Según esta prohibición no podía ser electo como contralor quien dentro del año anterior a la elección se hubiese desempeñado como miembro de una corporación pública -asamblea o concejo- o quien hubiere ocupado cargo público "del orden departamental, distrital o municipal"⁴¹.

(...)

Como puede observarse, son básicamente dos los cambios que la reforma constitucional introdujo, de un lado, se precisó el nivel del cargo público que debía ocuparse, de forma que sin lugar a dudas se explicitó que aquel debía estar en el "nivel ejecutivo" y, de otro, en plena armonía con la modificación realizada, se eliminó la salvedad contemplada en el texto primigenio relativa a la docencia.

Es de resaltar que pese a las modificaciones introducidas por la reforma constitucional, esta Sección señaló que la finalidad de la inhabilidad se mantenía incólume, debido a que su propósito era el mismo, esto es, "evitar que las personas que pudieron haber influenciado en la elección, dado el cargo que desempeñaban en el año anterior a la misma, accedan al mismo"².

Bajo este panorama normativo, no cabe duda que según el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución- modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2015- no podrá resultar electo como contralor quien dentro de año anterior a su elección -elemento temporal- haya ocupado cargo público del "nivel ejecutivo" -conducta proscrita- del orden departamental, distrital o municipal -elemento territorial-.

Ahora bien, debe recordarse que frente la interpretación de cada uno de estos elementos las partes tienen postura diferentes. Por ello, corresponde a esta Sala Especializada determinar su alcance a efectos de dilucidar si tal como afirman los recurrentes aquellos se encuentran acreditados en el caso concreto. Veamos:

5.1 La conducta prohibitiva

(...)

Para la Sala, por las razones que se explicarán, es la tesis de la parte demandante la que debe privilegiarse, comoquiera que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil conlleva a sostener, sin lugar a dudas, que la expresión "nivel ejecutivo" contenida a la norma superior incluye también a los empleos superiores a este nivel, es decir, los catalogados en el nivel asesor y directivo.

(...)

Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil del inciso 8° del artículo 272 de la Constitución impone colegir que "si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría del mismo conlleva.

(...)

Así las cosas, la Sección Quinta reitera su postura y colige que la expresión "nivel ejecutivo" contemplada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución abarca tanto dicha categoría, como las que sean superiores a la misma, tales como el nivel asesor y directivo."

5.2 Elemento territorial

Ahora bien, la inhabilidad objeto de estudio contiene, además, un elemento territorial, toda vez que establece que no podrá ser contralor "quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal." (Subrayas fuera de texto) Frente al entendimiento de este elemento, tampoco existe consenso entre las partes del proceso, pues mientras la parte demandada sostiene que el cargo debió ocuparse en el mismo nivel territorial de la contraloría a la que se aspiraba; para la parte demandante, lo que debe tenerse en cuenta es si el contralor elegido puede fiscalizar los recursos de la entidad en la que ocupó el empleo público.

Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse simplemente que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, sin que tenga incidencia alguna la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.

En este sentido, se pronunció la Sección Quinta al estudiar si el Contralor de Ibagué se encontraba incurso en la inhabilidad objeto de estudio por haber ejercido como Director Territorial de la ESAP Tolima. En efecto, se decretó la suspensión provisional del acto acusado, comoquiera que:

"(...) la Sala observa que, esta disposición [inciso 8° del artículo 272 Superior] se refiere al ejercicio de cargo público en el orden departamental, distrital o municipal, por lo que la Dirección de la Territorial Tolima de la ESAP, corresponde a la desconcentración previsto en la Carta Política³ y, en tal medida, el ámbito de ejercicio de sus funciones correspondió a todo este departamento, dentro del cual se encuentra incluido, por supuesto, el municipio de Ibagué.

De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función." (Negritas en original)

Como puede observarse, pese a que en esa oportunidad el demandado fue elegido en una contraloría municipal y había ocupado cargo público del nivel directivo, en una entidad desconcentrada territorialmente, la Sala Electoral encontró que dicha circunstancia no enervaba la prohibición, habida cuenta que la norma no preveía esa excepción, y por ello, suspendió los efectos del acto acusado.

Así las cosas, la Sección Quinta retoma esta postura y colige que para entender satisfecho este elemento basta, con que se pruebe que el cargo se desempeñó en alguna entidad del orden territorial previsto en la disposición constitucional, debido a que aquella no contiene ninguno de los condicionamientos expuestos por las partes, y por ende, aquellos no tienen la posibilidad de enervarla o impedir su materialización.

Lo anterior quiere decir que el elemento territorial de la inhabilidad objeto de estudio no está atado, como sugiere el demandado, a la categoría de la entidad territorial a la que se aspire a ejercer como contralor, ni a si en la contraloría en la que se elige a la persona se pueden fiscalizar los dineros de la entidad en la que se ocupó el empleo público, como asegura la parte demandante pues, se insiste, dicho elemento se encuentra satisfecho al corroborar que el empleo se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital y/o municipal.

5.3 Elemento temporal

De la simple lectura de la inhabilidad objeto de estudio, se colige sin lugar a dudas, que el cargo del nivel ejecutivo en la entidad territorial debió ocuparse dentro del año anterior a la elección. De forma que, para entender por acreditado este elemento deberá probarse que la conducta se desarrolló durante el año anterior a la designación.

(...)"

De conformidad con el Consejo de Estado, la inhabilidad contemplada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución Política tiene una conducta prohibitiva que deduce que la expresión "nivel ejecutivo" abarca los empleos de este nivel jerárquico y los que le sean superiores tales como el nivel asesor y directivo.

De igual forma sostuvo esta Corporación, que esta inhabilidad contiene un elemento territorial que para materializarse debe probarse simplemente que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, sin que tenga incidencia alguna la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.

Finalmente dispuso la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de esta Corporación, que el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución- modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2015 - contiene un elemento temporal, es decir que para entender por acreditado este elemento deberá probarse que la conducta se desarrolló durante el año anterior a la designación como contralor.

Ahora bien, cabe aclarar que la vinculación al Estado mediante la celebración de un contrato estatal, no corresponde a una vinculación legal o reglamentaria como empleado público, toda vez que hace alusión a una relación con particulares.

En efecto, la Ley 80 de 1993 "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", dispone:

"ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
(Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse en la norma que regula los contratos celebrados con entidades públicas, las órdenes de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran

conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política.

En consecuencia, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. En los contratos de prestación de servicio no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el contrato de trabajo, y tampoco da lugar al reconocimiento y pago de salarios ni prestaciones sociales.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que las inhabilidades son taxativas y de interpretación restrictiva, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que un contratista de la asamblea departamental no se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de contralor municipal, toda vez que, como contratista, no se encuentra ocupando un cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, conforme a la disposición del artículo 272 de la Constitución Política.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniela Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. El alcance de esta disposición se precisó en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 41001-23-31-000-2012-00064-01. Providencia del 24 de abril de 2013. M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

2. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, radicación 88001-23-33-000-2016-00026-01 CP. Carlos Moreno Rubio. Ddo. Mayla Gayrleen Saams Contralora de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

3. ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:37