



Función Pública

Concepto 009171 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000009171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000009171

Fecha: 13/01/2020 08:40:50 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Inhabilidad para ser contralor si ha desempeñado cargos del nivel profesional - Alcance nivel ejecutivo norma anterior - RAD. 20199000405762 del 13 de diciembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta cómo debe ser interpretada la inhabilidad contenida en el penúltimo inciso del artículo 4 del Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, *Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal*, sobre la modificación de la expresión "nivel ejecutivo" por "rama ejecutiva" y si dicha inhabilidad también incluye a quien haya desempeñado cargos del nivel profesional, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es preciso indicar que antes de la expedición del acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015, modificó el artículo 272 de la Constitución Política, así:

"ARTÍCULO 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.

(...)

<Inciso modificado por el 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."

(...) (Destacado nuestro)

Al respecto, la Sentencia C-126 del 21 de noviembre de 20181, Magistrada Ponente Dra. Cristina Pardo Schlesinger, al estudiar la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 136 de 1994 *"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización*

y el funcionamiento de los municipios”, sobre la expresión “nivel ejecutivo” indicó:

“2.3 Respecto de la atrás referida inhabilidad constitucional que pesa sobre quienes “haya(n) ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden [territorial]” la Corte considera necesario precisar que: (i) el nivel ejecutivo de que trata dicha norma no corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino al grado de responsabilidad funcional que la persona tenga en la Administración Pública²; y que (ii) una interpretación sistemática y útil de la norma en comento permite concluir que la expresión “nivel ejecutivo” que contiene el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Política también alude a los cargos superiores a dicho nivel, como lo son los catalogados en el nivel asesor y directivo. En efecto, al comentar la reforma que sobre el mentado inciso constitucional hizo el Acto Legislativo 02 de 2015, el Consejo de Estado señaló, en jurisprudencia que la Corte acoge³, lo siguiente:

“En lo concerniente a este elemento de la inhabilidad, la Sala ha sostenido que la conueta proscrita se materializa cuando la persona elegida ha ocupado previamente cargos del nivel ejecutivo o superior. Al respecto se señaló en sentencia de 7 de diciembre de 2016, expediente 47000-23-33-002-2016-00074-02: “(...) Para la Sala, (...) 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. // Lo primero a señalar es que, (...) el nivel ejecutivo como categoría de clasificación de los empleos públicos quedó derogado por el Decreto Ley 785 de 2005. En efecto, el Decreto Ley 1569 de 1998 clasificaba los empleos públicos en varias categorías, entre ellas, el “nivel ejecutivo” - literal c) del artículo 4º del Decreto Ley 1569 de 1998- de forma que a lo largo de dicho acto se especificaban cuáles eran las funciones, los requisitos, las características y los cargos que se podían entender adscritos a tal nomenclatura. Sin embargo, el Decreto 1569 de 1998 fue íntegramente derogado por el Decreto 785 de 2005. // Aunque el Decreto 785 de 2005 recogió varias de las categorías de clasificación de los empleos públicos contempladas en el Decreto 1569, lo cierto es que no retomó la relativa al “nivel ejecutivo”; por el contrario, dicha categoría fue, si se quiere, sustituida por el “nivel profesional” al punto que en el artículo 33 del Decreto 785 de 2005 se dispuso una especie de régimen de transición para que las entidades pudieran adaptar su planta de personal a las nuevas nomenclaturas y categorías contempladas por el decreto en comento. // Por supuesto, el hecho de que a partir de la reforma constitucional del año 2015 la inhabilidad contemplada en el inciso 8º del artículo 272 aluda a una clasificación de los empleos que ya no está regulada en el ordenamiento jurídico, no significa que la prohibición se torne inane o inexistente, pues este hecho a lo sumo denotará una falta de técnica legislativa, pero en ningún momento implica que la inhabilidad carezca de eficacia. // Sin embargo, (...) lo anterior no conlleva a entender que solo quien haya ocupado un cargo público del “nivel profesional” está incurso en la inhabilidad contemplada en la norma constitucional, pues una interpretación en ese sentido restaría plena eficacia a la disposición superior y traería de suyo una conclusión ilógica, esto es, que estarían inhabilitados los servidores públicos del “nivel ejecutivo” pero los que se desempeñaren en un nivel jerárquico más alto estarían excluidos de la prohibición, convirtiendo la inhabilidad en una norma ineficaz y carente de sentido. // Así pues, es claro que para determinar el alcance de la inhabilidad objeto de estudio no basta acudir a una interpretación exegética y literal de la norma, comoquiera que “el juez no puede en ningún caso restarle obligatoriedad a la Carta Política, adoptando posiciones en las cuales la disposición se torne ineficaz, inane, inútil o que su aplicación sea tan difícil que en ningún supuesto de hecho pueda emplearse la norma prevista por el Constituyente porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos.” Es por ello, que para dilucidar el alcance de la expresión “nivel ejecutivo” contenida en la disposición objeto de estudio debe usarse el criterio de interpretación sistemático. // Es precisamente por lo anterior que esta Sección, en aplicación de una interpretación sistemática del régimen de inhabilidades, ha entendido que la expresión “nivel ejecutivo” contenida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional incluye también a los niveles superiores. (...) Por supuesto, una interpretación en este sentido, no significa que la inhabilidad se interprete de forma extensiva, (...) toda vez que “la interpretación restrictiva no es equivalente a interpretación literal o exegética, pues estas tienen objetivos y finalidades disímiles. Por ello, no puede la Sección afirmar que una interpretación restrictiva solo se satisface mediante el uso de la exegesis, porque la interpretación restrictiva que permea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no implica entender que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones o que el juez solamente este obligado al tenor literal de la misma.” // Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil del inciso 8º 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.” (...). // Es de resaltar que esta tesis no es aislada, pues en auto del 1º de septiembre de 2016, la Sala Electoral al estudiar si el Contralor de Ibagué estaba incurso en la prohibición constitucional por haber ocupado, previo a su elección, un cargo del nivel directivo, reiteró que la expresión “nivel ejecutivo” incluía niveles superiores a dicha categoría. (...)”. (Destacado fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, el nivel ejecutivo de que trataba la norma anterior, no correspondía a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino al grado de responsabilidad funcional que la persona tuviera en la Administración Pública y también aludía, según la Corte, a los cargos superiores a dicho nivel, como lo son los catalogados en el nivel asesor y directivo.

Ahora bien, según el recuento normativo realizado en la jurisprudencia citada anteriormente, el Decreto Ley 1569 de 1998 clasificaba a los empleos públicos en diferentes categorías, entre las cuales se encontraba el nivel ejecutivo. Sin embargo, éste decreto fue íntegramente derogado por el Decreto 785 de 2005, recogiendo así varias de las categorías de clasificación de los empleos públicos contempladas en el Decreto 1569. Sin embargo, no retomó la relativa al “nivel ejecutivo”; por el contrario, dicha categoría fue, una especie de régimen de transición

para que las entidades pudieran adaptar su planta de personal a las nuevas nomenclaturas y categorías contempladas por el decreto en 785.

Por otro lado, con respecto a la reciente modificación realizada por el artículo 272 de la Constitución Política, el artículo 4 del Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, *Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal*, se estableció:

“ARTÍCULO 272. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

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 la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

-

(...)”

“ARTÍCULO 7°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.” (Destacado nuestro)

De acuerdo a la disposición anterior, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

En ese sentido, como quiera que en la modificación reciente a la norma no especifica el nivel del cargo público, en criterio de esta Dirección Jurídica estará inhabilitado para aspirar a ser elegido en el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, quien haya ocupado en el último año, cargo público de cualquier nivel, en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, incluyendo por supuesto un cargo público del nivel profesional.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Referencia: Expediente D-12201, Actor: Carlos Saúl Sierra Niño

2. En Concepto 4671 de 2016, al preguntarse sobre *“si un Director Territorial del Ministerio del Trabajo se encuentra inhabilitado para ser elegido Contralor Departamental del mismo Departamento”* el Departamento Administrativo de la Función Pública concluyó equivocadamente que *“el Director de una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo al ser una entidad del orden nacional, no se encuentra inhabilitado para ser elegido Contralor Departamental, por cuanto, quien desempeña dicho empleo no hace parte de la Rama Ejecutiva del nivel territorial sino que se encuentra adscrito a la planta de personal del Ministerio del Trabajo.”* (El énfasis es fuera de texto)

3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia 2016-00028 de julio 13 de 2017, Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad.: 27001-23-33-000-2016-00028-01. Ver también Sentencia de 7 de diciembre de 2016, expediente 47000-23-33-002-2016-00074-02 de la misma Sección del Consejo de Estado.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:21:05