



Concepto 74351 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000074351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000074351

Fecha: 25/02/2020 05:20:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Ex Contralor. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contralores municipales y departamentales. Período de los Contralores territoriales. RAD.: 20202060024782 del 20 de enero de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual formula varios interrogantes en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores y ex contralores territoriales, así como por el período de los próximos contralores, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Previamente a resolver la consulta, es pertinente recordar que esta Dirección jurídica ha dado respuesta a otras solicitudes presentadas por usted, entre las cuales se encuentra el concepto No. 20206000009321 de enero 13 de 2020, en el cual se hizo referencia a las inhabilidades para ser para ser Contralor Municipal, Distrital o Departamental por haber sido empleado territorial, personero o contralor. Por consiguiente, en esta oportunidad se procederá a emitir concepto respecto de las inquietudes que no hayan sido abordadas anteriormente, así:

1. Período de los contralores territoriales:

En relación con los interrogantes planteados en los numerales 1 y 2 de su consulta, encaminados a determinar el momento a partir del cual debe iniciarse el período de los contralores territoriales, debe tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 125 y 272 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, que disponen:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos

en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

“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.

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

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

(...)

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un período de cuatro años que no podrá coincidir con el período del correspondiente gobernador y alcalde.

(...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. La siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un período de dos años.

(...)” (Subrayado nuestro)

Así las cosas, armonizando la normativa constitucional transcrita, se concluye que los empleos de Contralor departamental, distrital y municipal, son de período institucional, quienes serán designados, previa la convocatoria, para un período de cuatro años que no podrá coincidir con el del correspondiente gobernador y alcalde. No obstante, para la siguiente elección, el término será para un período de dos años.

Ahora bien, como su consulta está encaminada a establecer cuando inicia y cuando termina el período de los contralores, considerando la modificación introducida a la Constitución Política por el Acto Legislativo 4 de 2019, debe señalarse dicha reforma no se ocupó de este aspecto puntual y a la fecha no ha sido emitida reglamentación al respecto que modifique lo establecido en la ley respecto del referido período.

Por consiguiente, con respecto al período de los contralores departamentales, deberá tenerse en cuenta lo estipulado por el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, que señala que éstos serán elegidos para un período igual al del gobernador, esto es, un período de cuatro años que inicia el 1 de enero del año siguiente a la elección y termina cuatro años después, es decir, el 31 de diciembre del año que corresponda.

Con base en lo anterior, puede inferirse que hasta tanto no se expida una norma que modifique este precepto legal, el período de los contralores seguirá iniciando el 1 de enero y culminará 4 años después, el 31 de diciembre, solo que de ahora en adelante no coincidirá en su totalidad con el período del mandatario territorial.

En tal sentido, atendiendo la nueva regla constitucional referida al período de los contralores territoriales, quienes sean elegidos con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 4 de 2019, inician su período el 1 de enero de 2020, el cual culminará el 31 de diciembre de 2021, esto es, dos años después de su elección. A su vez, los contralores que sean elegidos para el período siguiente, lo serán entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2025, con lo cual se da aplicación a la nueva regla superior según la cual, éstos serán elegidos para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el período del correspondiente gobernador y alcalde.

2. Incompatibilidades de los Ex Contralores:

En los numerales 3 y 4 de su comunicación expone varios interrogantes referidos a las incompatibilidades de los ex contralores municipales y departamentales.

Al respecto, para responder las preguntas 3.1 y 4.1 en las que consulta si el contralor municipal de Cali y el contralor del Valle del Cauca pueden aspirar a ser elegidos como contralor municipal o departamental del Valle del Cauca y de Cali, es importante recordar que el artículo 272, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019, establece que ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato. En consecuencia, no podrán aspirar a ser elegidos en estos cargos.

Por otra parte, debe señalarse que el artículo 272 de la Constitución Política señala que 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.

Sobre este particular, la Ley 617 de 2000¹ respecto a las incompatibilidades de quien ha ejercido el cargo de Contralor Departamental, establece:

“ARTÍCULO 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.” (Subrayado nuestro).

En este mismo sentido, se advierte 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.

Así las cosas, a quien haya ejercido en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, le está vedado el desempeño de empleo oficial alguno en la respectiva entidad territorial, así como tampoco podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, incompatibilidad que se extiende hasta un año después de haber cesado en sus funciones.

Frente a la interpretación de la incompatibilidad descrita en el artículo 272 de la Constitución Política, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con radicado No. 11001-03-06-000-2016-00021-00(2282) y ponencia del Consejero Edgar González López, determinó:

“En efecto, cuando quien aspira a un determinado cargo público es un particular es posible que sea suficiente revisar las inhabilidades del respectivo empleo para determinar si la persona puede ocuparlo o no. Pero si el aspirante es una persona que a su vez viene de otro cargo público es necesario examinar también si ese empleo del que hace dejación trae consigo alguna restricción o incompatibilidad que se extienda en el tiempo. Se trata pues, como se ha dicho, de un análisis de doble vía.

En este orden, visto el asunto consultado desde el punto de vista del cargo que venía ocupando quien aspira a ser personero distrital, la Sala llama la atención sobre la prohibición contenida en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política para quienes han ejercido los cargos de contralor departamental, distrital o municipal:

“ARTÍCULO 272. (...) 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”. (Se resalta)

Como se puede observar esta prohibición es clara y tajante: quien haya sido contralor no puede desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio dentro del año siguiente a la dejación del cargo.

Nótese que la prohibición constitucional tiene un límite territorial (no se aplicaría para otro municipio, distrito o departamento) y uno temporal (dentro del año siguiente), pero no excluye funcionalmente ningún tipo de empleo, así como tampoco a ninguna entidad u organismo del territorio donde se ha sido contralor. Por tanto, la norma constitucional no admite la discusión planteada anteriormente a partir del artículo 97 del Decreto 1421 de 1993, sobre si el empleo que se va a ocupar es o no en una entidad central o descentralizada del respectivo territorio.

Además, el artículo 272 de la Constitución, en cuanto define los elementos esenciales del control fiscal en el ámbito local, se aplica en su integridad a todas las contralorías territoriales (departamentales, distritales y municipales), incluido el Distrito Capital de Bogotá, respecto del cual no habría ninguna razón constitucional para considerarlo excluido.

(...)

En el asunto sometido a revisión de la Sala la causal objetiva de inelegibilidad no proviene entonces de las inhabilidades para ser personero (artículo 97 del Decreto 1421 de 1993), sino directamente del hecho de haber ocupado en propiedad el cargo de Contralor Distrital (artículo 272 C.P.).

En consecuencia, la Sala considera que el actual Contralor Distrital de Bogotá no puede ser elegido inmediatamente Personero Distrital de Bogotá en virtud de la prohibición que trae el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política. Conforme a esta disposición constitucional el Contralor Distrital solo podría aspirar al cargo de Personero Distrital un año después de haber dejado su cargo y, claro está, sujetándose al concurso público de méritos que ordena la ley.”

En consecuencia, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, quien haya sido contralor no puede desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio dentro del año siguiente a la dejación del cargo, es decir, tiene un límite territorial (no se aplicaría para otro municipio, distrito o departamento) y uno temporal (dentro del año siguiente), pero no excluye funcionalmente ningún tipo de empleo, así como tampoco a ninguna entidad u organismo del territorio donde se ha sido contralor.

En igual sentido sucede con la limitación para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, pues la Carta política no hace distinción sobre el cargo o el territorio, por lo que, en consecuencia, los ex contralores no podrán inscribirse como candidatos a ningún cargo de elección popular dentro del año siguiente a la cesación de sus funciones.

De otra parte, debe recordarse que a los contralores municipales también les aplican las incompatibilidades previstas en los artículos 96, 97 y 164 de la Ley 136 de 1994.

Por último, respecto a la suscripción de contratos por parte de los ex contralores, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del mismo año, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 4. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 de 2013, resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

“4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado nuestro)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

Según lo explica esa Corporación, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos puedan tener con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Por consiguiente, las personas cobijadas por la inhabilidad tienen la capacidad de incidir de manera directa con sus decisiones como servidores públicos en el entorno del sector económico en el cual luego aspiran a desarrollar el objeto de futuros contratos en la entidad en la cual fungieron como directivos.

De acuerdo con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

3. Inhabilidad para ser contralor por haber ocupado cargo público del orden departamental distrital o municipal durante el último año (Art. 6, Lit. c), Ley 330 de 1996):

En cuanto a las preguntas planteadas en el numeral 5 de su comunicación, esta Dirección Jurídica emitió el concepto No. 2020600009321 de enero 13 de 2020, frente a similares cuestionamientos presentados por usted mediante solicitud con radicado de entrada 20192060407462, el cual se adjunta a este nuevo concepto.

Al margen de lo anterior, se observa que incluye una consulta adicional encaminada a establecer si un ex concejal municipal puede ser elegido contralor departamental.

Al respecto, el artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019, dispone que 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.

Una vez analizados los presupuestos señalados en la inhabilidad constitucional citada, se deduce que, en el caso propuesto, no existiría limitación para que un ex concejal municipal sea elegido como contralor departamental, considerando que la elección la efectúa la Asamblea Departamental correspondiente y que los concejos distritales y municipales no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Por último, tampoco existiría incompatibilidad para ejercer el referido cargo, pues en los términos de los artículos 45 y 47 de la Ley 136 de 1994, teniendo en cuenta que las incompatibilidades de los concejales se extienden hasta la finalización del período Constitucional para el cual fue elegido, luego de lo cual, podrá ser vinculado como empleado público o suscribir contratos estatales con las entidades del respectivo ente territorial. En el caso de renuncia, se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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