



Función Pública

Concepto 363111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000363111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000363111

Fecha: 04/10/2021 10:52:10 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para quien se ha desempeñado en el último año como directora de control fiscal de la Contraloría municipal y luego por vacancia definitiva ha sido contralora encargada, a aspirar y eventualmente ser elegida como contralora de la misma ciudad? RAD. 20219000616442 del 08 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para quien se ha desempeñado en el último año como directora de control fiscal de la Contraloría municipal y luego por vacancia definitiva ha sido contralora encargada, a aspirar y eventualmente ser elegida como contralora de la misma ciudad, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar frente a las inhabilidades para ser contralor municipal, que la Constitución Política, en su artículo 272, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019, estableció:

“ARTÍCULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas 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.

(...)

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

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.

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.

(...)"

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme al mandato constitucional, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital y municipal quien 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.

Ahora bien, las entidades que integran la rama ejecutiva del nivel departamental, municipal y distrital, son:

El sector central está conformado por la gobernación o la alcaldía, las secretarías y los departamentos administrativos.

El sector descentralizado está conformado por aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

Por su parte, los contralores territoriales son servidores públicos que tienen a su cargo, de manera concurrente con la Contraloría General de la República, la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías y hacen parte de los denominados órganos de fiscalización y control. Por ende, no hacen parte de la Rama Ejecutiva. En tal virtud, quien ejerce un empleo en una contraloría del nivel territorial, no es un empleado de una entidad que pertenece a la Rama Ejecutiva y por ello, la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Carta no le cobija.

Adicionalmente a las inhabilidades contenidas en el artículo 272 de la constitución, se encuentran las señaladas en la ley 136 de 1994, para los contralores municipales, que en su artículo 163, señala:

"ARTÍCULO 163. Inhabilidades. No podrá ser elegido Contralor quien:

Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;

Haya sido miembro de los Tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores;

Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable.

NOTA: (el texto tachado fue declarado inexecutable)"

Para efectos de establecer si existe o no inhabilidad para los contralores que ejercieron este cargo mediante la figura del encargo, es indispensable citar la sentencia C-126 del 21 de noviembre de 2018 de la Corte Constitucional, que con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, declaró inexecutable la expresión “o como encargado” del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, en los siguientes términos:

6.2. Inicialmente debe recordarse que, como se explicó bajo el numeral 2.3 supra, la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, derivó en que la inhabilidad para ser contralor territorial comenzó a predicarse de todos aquellos empleados de los distintos niveles territoriales que hubieren ocupado cargos públicos en nivel ejecutivo, asesor y/o directivo durante el año previo a la elección del respectivo contralor. Tal razón es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del aparte legal demandado pues aunque tanto el contralor municipal como el auditor de la respectiva contraloría, independientemente de su titularidad o situación administrativa de encargo, son funcionarios públicos del nivel directivo que por tal razón se encuentran cobijados por la inhabilidad constitucional de un (1) año que prevé la norma superior, el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 la extiende de modo desproporcionado a “todo o parte del periodo inmediatamente anterior”: es decir a un lapso de hasta cuatro (4) años.

En otras palabras, la ley terminó por imponer sobre los referidos contralores municipales y auditores de las respectivas contralorías municipales una restricción desproporcionadamente más severa que la prevista por la Carta Política. Así, si bien es cierto que el legislador está autorizado para prever regímenes mayormente restrictivos a los constitucionalmente establecidos (nunca más flexibles), también lo es que dichas limitaciones deben ser idóneas para alcanzar el propósito perseguido; idoneidad que en el presente caso no se vislumbra pues, como la Corte dijo al estudiar el caso análogo que se estudia a inmediata continuación, <<(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular.>>

(...)

6.4.1. Según la Sentencia C-1372 de 2000, la ratio decidendi⁶² que sirvió de fundamento a la declaración de inexecutable de la expresión “como encargado” del literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996 consistió en que, como se señaló en el numeral 6.2 supra, <<(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular. En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa (sent. C-147/98). (...). En el caso en análisis, la Corte ha de cumplir ese deber de ponderación, declarando la inexecutable de la expresión “como encargado” contenida en el literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, toda vez que el legislador en detrimento del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas, no fijó un término razonable para la configuración de la causal de inhabilidad, producto del desempeño de un cargo público específico en encargo, término este que la Corte no está llamada a fijar, por cuanto ésta, es una función propia del legislador.>> (La negrilla no es del texto original).

(...)

6.4.3. Adicional a lo anterior, debe decirse que no resulta razonable establecer un régimen de inhabilidades tan distinto para, por una parte, cualquiera de los funcionarios de que trata el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 y, por otra parte, para los funcionarios que prevé el inciso 8º del artículo 272 superior⁶³ y/o la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la norma legal ibídem⁶⁴ a que refiere el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

Mejor dicho, so pena de vulnerar el principio de igualdad por el que propugna el artículo 13 de la Carta, no resulta proporcional establecer una inhabilidad de cuatro (4) años para el contralor municipal y el auditor de la contraloría municipal, independientemente de su condición de titularidad o en situación de encargo, al tiempo que establecer una inhabilidad para los demás empleados públicos del nivel ejecutivo o superior del respectivo municipio de tan solo doce (12) meses anteriores al vencimiento del periodo legal inmediatamente anterior. Ciertamente, en cualquiera de los dos casos, por pertenecer al orden municipal, ambos grupos de personas tendrían igual posibilidad de influir en beneficio propio durante el periodo anterior a los doce meses de veto que defienden éstas últimas normas jurídicas, sin que se justifique un tratamiento

desigual entre ambos grupos.

6.5 Se advierte no obstante que –similarmente a como se anotó en la Sentencia C-1372 de 2000 respecto de los contralores departamentales en encargo- los funcionarios beneficiados con la inexequibilidad que en esta sentencia se declarará seguirán estando cobijados con inhabilidad de doce (12) meses posteriores a la dejación del cargo que vinieren ejerciendo.

-

(...)

Hecha la anterior precisión, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “o como encargado” del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994. “(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con los textos legales y jurisprudenciales expuestos, la prohibición de reelegir a un contralor se predica únicamente de los que han desempeñado el cargo en propiedad. Adicionalmente, el Acto legislativo No. 04 de 2019 consagró como inhabilidad para aspirar al cargo de Contralor, haber sido empleado en la Rama Ejecutiva en el nivel departamental, distrital o municipal. Esto significa, que quien ejerció el cargo de contralor mediante la figura del encargo y se desempeña en la actualidad o desempeñó un empleo en la Contraloría municipal, podrá acceder al concurso que se adelante para proveer este cargo.

Ahora bien, la causal de inhabilidad contenida en el literal c) que determina como inhabilidades para ser contralor municipal el estar incurso dentro de las señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, en sentencia emitida el 14 de noviembre de 2002 dentro del proceso con radicado número: 15001-23-31-000-2001-1092-02(3027), indicó:

“Posteriormente, el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, tal y como fue modificado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994, dispuso lo siguiente:

<<INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

(...)

c) Este incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.

(...)>>.

Evidentemente, esa disposición consagra causales de inhabilidad para ejercer el cargo de Contralor de origen legal, puesto que no sólo no están previstas en la norma superior sino que configuran nuevos supuestos jurídicos y fácticos que deben aplicarse en lo compatible con el cargo de quien ejerce el control fiscal en el respectivo municipio. De lo expuesto surge una pregunta obvia: ¿debe inaplicarse el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994?

Para la Sala, la respuesta al anterior interrogante es negativa porque existe cosa juzgada constitucional que ordena la aplicación de la norma objeto de análisis. En efecto, en virtud de una demanda de inconstitucionalidad que fue instaurada contra el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, la Corte Constitucional, en sentencia C-367 de 1996, resolvió:

<<Declarar EXEQUIBLE el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994) >>.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta, <<los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional>>. Entonces, tanto las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, de exequibilidad como las de inexequibilidad, tienen el carácter de vinculantes. De hecho, el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 dispone que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional <<como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive>>.

En este orden de ideas, la declaratoria de exequibilidad del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, tal y como fue subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994, es de obligatorio cumplimiento.

Así las cosas, se concluye que debe aplicarse el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, en tanto que operó la cosa juzgada constitucional que declaró exequible la norma."

De acuerdo con lo expuesto, las inhabilidades consagradas para los alcaldes municipales, contenidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, son aplicables a los contralores municipales por expresa disposición del literal c) del artículo 163 de la misma Ley, y que son las siguientes:

"ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.
3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.
4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.
5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección".

Según los textos legales citados, las causales de inhabilidad para aspirar al cargo de alcalde, serán aplicables a quienes aspiren a ser designados contralores municipales, en lo que sea aplicable. Así, la causal contenida en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no será aplicable

a quienes aspiren al cargo de contralor municipal, por cuanto el aparte del artículo 272 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo No 04 de 2019, contempla de manera específica como inhabilidad para desempeñar el cargo de contralor "... quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal" y, en tal virtud, y en consonancia con la extensión efectuada por el literal c) del artículo 163 de la Ley 136, no les será aplicable.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que quien haya sido encargado como contralor territorial, podrá aspirar a concursar y ser elegido en propiedad, pues la prohibición de reelección no opera para aquellos que ejercieron el cargo mediante la figura del encargo.

Respecto a las inhabilidades del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, éstas son aplicables para la elección de los contralores municipales, en lo que sea pertinente. Así, la causal contenida en el numeral 2° del artículo 95, no será aplicable al caso del contralor por cuanto la Constitución establece de manera específica que la inhabilidad aplica a aquellos que ocuparon algún cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

En cuanto a la posible inhabilidad por haber ejercido el cargo de Directora de Control Fiscal de la Contraloría municipal, tampoco se configura pues el cargo no pertenece a la rama ejecutiva del municipio, como ya se observó.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:27:38