



Concepto 366541 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000366541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000366541

Fecha: 06/10/2021 10:14:43 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para ser Contralor por estar ejerciendo el cargo de Jefe de Control Interno. RAD. 20212060608992 del 3 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un funcionario que ostente la calidad de jefe de control interno departamental o municipal, se encuentra inhabilitado para participar en la convocatoria pública para contralor municipal o departamental en el período de 2022-2025 de un distrito especial que se encuentra en el departamento en donde se ejerce su labor teniendo en cuenta que el distrito cuenta con autonomía administrativa y financiera, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser contralor departamental, la Constitución Política, en su artículo 272, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019, señala:

“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.

(...)

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.

(...).” (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional, no puede ser elegido contralor quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. Antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019, la norma señalaba como inhabilidad el desempeño de un cargo público en el nivel ejecutivo, modificándolo, como ya se indicó, a la rama ejecutiva. Sin embargo, no modificó el elemento territorial. Sobre éste, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente, Alberto Yepes Barreiro, emitió sentencia dentro del proceso con Radicación número: 47000-23-33-002- 2016-00074-02 de fecha 7 de diciembre de 2016, en la cual se pronunció ante la solicitud de nulidad del acto administrativo que declaró la elección del Contralor del Distrito de Santa Marta, en la cual se dispuso:

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

(...)

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 8º del artículo 272 Superior] se refiriere 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 Política¹, 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)

¹ 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.

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.

(…)”

De conformidad con el Consejo de Estado, 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.

Este criterio fue confirmado en la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU566 del 27 de noviembre de 2019 que, con ponencia del Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, indicó lo siguiente:

“Por todo ello, el elemento territorial de la inhabilidad prevista en el inciso octavo del artículo 272 de la Constitución debe entenderse referido a la ocupación de cargos públicos en la entidad territorial en la que se aspira a ejercer control fiscal, y no en otra u otras respecto de las cuales el contralor carece en absoluto de competencia. Esta inhabilidad cumple una finalidad razonable al excluir de la elección a los ciudadanos que desempeñan cargos con responsabilidades en la gestión fiscal del ente territorial que estará sujeto al control fiscal de la respectiva contraloría. No obstante, como lo ha reconocido la Corte, el legislador tiene competencia para establecer, dentro de los límites a los que se ha hecho referencia, inhabilidades por la ocupación de cargos públicos pertenecientes a otros ordenes territoriales.

Así se desprende de las disposiciones constitucionales que regulan las competencias de las contralorías en los distintos niveles territoriales y las inhabilidades por ocupación de cargos públicos aplicables a los respectivos contralores. (...). El 272, por su parte, establece que no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o distrital, quien *haya ocupado cargo público (...) del orden departamental, distrital o municipal*.

Este sentido y alcance del presupuesto territorial de la inhabilidad se desprende de la precitada disposición constitucional, en cuanto establece: (i) que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos *y municipios donde haya contralorías*, corresponde a éstas; (ii) que *la de*

los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales; (iii) que 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 (iv) 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.

Ahora bien, dado que, por regla general, a las contralorías departamentales incumbe la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios -salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales-, el legislador estableció, al desarrollar el artículo 308 de la Constitución, que no puede ser elegido contralor departamental quien durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal. La Corte encontró ajustado a la Constitución dicho presupuesto de la inhabilidad y sobre el particular dijo en la Sentencia C-509 de 1997:

<<Pues bien, se tiene que, de un lado, el artículo 272 de la Carta Fundamental, en sus incisos 1o. y 2o. consagra la función pública de la vigilancia de la gestión fiscal en los distintos órdenes territoriales, de la siguiente forma:

“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.”

De lo anterior se destaca que cuando un municipio no cuenta con contraloría propia, la labor de control fiscal le compete a las de orden departamental, de manera que si alguien que ha ocupado un cargo público en el nivel municipal resulta elegido contralor departamental, terminaría controlando su propia gestión fiscal respecto de los bienes y recursos públicos, en virtud del mandato constitucional que ordena realizar dicho control en forma “posterior y selectiva” (art. 267)>>.

Entonces, por mandato del legislador, se encuentran inhabilitados para ser contralores departamentales quienes hubieren ocupado cargos públicos en el respectivo departamento y en cualquiera de los distritos y municipios que lo integran, lo cual encuentra fundamento en la finalidad de impedir que el elegido termine controlando su propia gestión fiscal.” (Negrillas nuestras)

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.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el Jefe de Control Interno de un departamento, se encuentra inhabilitado para ser elegido Contralor Distrital, por cuanto el cargo es de una entidad que pertenece a la Rama ejecutiva y el Distrito integra el departamento donde prestó sus servicios.

En caso 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:41:25