



Función Pública

Concepto 433071 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000433071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000433071

Fecha: 06/12/2021 08:34:00 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo de Contralor Municipal por ser empleado del Departamento. RAD. 20219000691592 del 4 de noviembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es servidor público del nivel directivo en el Departamento de Antioquia, en el cargo de subsecretario, adscrito a la Secretaría General, encargado de lo relacionado con la prevención del daño antijurídico y la resolución de las consultas que los diferentes organismos de la administración departamental realizan, incluyendo la fijación de criterios para la actuación del gobierno seccional cuando sean solicitados. Adscritos a la subsecretaría se tienen dos direcciones, una de Asesoría Jurídica Contractual y la otra de Asesoría Legal y de Control. No es ordenador del gasto en forma permanente, pero en casos especiales ha sido delegado para realizar todo el trámite contractual. Con base en la información precedente, consulta si el desempeño de este cargo público en el departamento, lo inhabilita para aspirar a contralor municipal.

Sobre la inquietud expuesta, me permito manifestarle que esta Dirección atendió su solicitud mediante el concepto con radicado No. 20216000401291 del 5 de noviembre del 2021, se concluyó lo siguiente:

El numeral 2° del artículo 95 de la citada Ley 136¹, indica que *"... 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."*

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, bajo el criterio de primacía de las normas Constitucionales, la inhabilidad que opera en el caso consultado es el señalado en el artículo 272 de la Carta.

Esta Dirección aclarará el concepto emitido en el siguiente sentido:

Sobre la aplicación por remisión del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, de las causales de inhabilidad contenidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 dentro del expediente con radicados Nos. 66001-23-33-000-2020-00499-03 y 66001-23-33-000-2020-00494-01, con ponencia de la magistrada Rocío Araújo Oñate, precisó:

"127. En lo que respecta a la causal que se analiza, una de las modificaciones se produjo en el artículo 272, en relación con la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos con la finalidad de contar con una redacción más clara así:

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. /.../

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.

128. Esta modificación supone entonces, que la inhabilidad constitucional respecto del ejercicio de cargos públicos para contralores se amplió en cuanto al nivel jerárquico, pues éste deja de importar y se extiende a todos los cargos en tanto no detalló la escala funcional de la cual se predica. Sin embargo, tal y como quedó la redacción de la disposición constitucional, esta limitación para el acceso al puesto de contralor territorial pareciera que solo es aplicable a los cargos públicos de la rama ejecutiva del respectivo nivel.

129. Es decir, en este punto se consideró que debía dilucidarse si con la modificación de la norma constitucional se había vuelto al estado anterior a la reforma del año 2015 y, en consecuencia, la disposición constitucional subsumía la inhabilidad por el ejercicio de cargos públicos en general, y para ello, la Sala Electoral entró a analizar la decisión que profirió la Corte Constitucional en la sentencia SU 566 de 2019 sobre la aplicación de la inhabilidad del artículo 95.2 de la Ley 136 de 1994 a los contralores y de ella extrajo los siguientes argumentos:

“Se trata, por otra parte, de una regla especial, razón por la que las inhabilidades por ocupación de cargos públicos para ser alcalde previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de de 1994, aplicables a los contralores municipales por remisión del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, deben entenderse extendidas, como la misma disposición lo señala, “en lo que sea aplicable”. En consecuencia, atendiendo a la interpretación estricta de las causales de inelegibilidad y en virtud del principio hermenéutico según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para contralor) prima sobre la norma general (la remisión global a los contralores de todas las inhabilidades previstas para el alcalde), que sólo se extienden aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública. Por consiguiente, en aquellos eventos en que esa extensión carezca de evidente razonabilidad, o exista duda sobre su pertinencia, debe entenderse que la inhabilidad del alcalde no es aplicable al cargo de contralor. Por tal razón la inhabilidad consistente en el ejercicio de cargos o empleos públicos en la respectiva entidad territorial, previstas en el artículo 95 para los alcaldes, no son aplicables a los Contralores porque en tales casos se aplica de preferencia la causal especial prevista en la Constitución para ellos”.

130. Al analizar esta sentencia de unificación, la Sala encontró que la decisión se refería a un caso particular en sede de tutela, que no podía ser descontextualizada; pues, en ella, el Alto Tribunal señaló que el cargo de Defensor Regional del Pueblo que desempeñó el demandado en nulidad electoral, dentro del año anterior a su elección, no era del orden departamental y, por lo mismo, no se configuraba uno de los presupuestos de la inhabilidad por ocupación de cargos públicos prevista en el inciso octavo del artículo 272 de la Constitución.

131. Adicionalmente, precisó la Corte que, además de las inhabilidades señaladas por el Constituyente, el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración de que goza en materia de inhabilidades de los servidores públicos del nivel territorial, podía establecer otras, siempre que lo hiciera de manera razonable y proporcional, de acuerdo con los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución y resaltó que, por ello, se extienden las específicas del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 “cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública”.

132. Por manera que la Corte Constitucional, al igual que el Consejo de Estado no descartó de plano la aplicabilidad de dichas inhabilidades, y en consecuencia, será el estudio en cada caso particular, el que permita determinar que no se haga uso abusivo de las funciones públicas en beneficio de intereses particulares propios o de terceros, rompiendo la igualdad en detrimento del interés público.

133. Además, el Alto Tribunal Constitucional, validó la constitucionalidad de la remisión prevista en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 para los contralores territoriales en la sentencia C-126 de 2018, en los siguientes términos:

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 superior[63] y/o la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la norma legal ídem[64] a que refiere el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

134. De esta forma, la Sala concibe la existencia de normas de rango legal que consagren otras inhabilidades para ser elegido contralor, diferentes a la existente en el artículo 272 Superior, siempre que se respeten los postulados constitucionales, dentro los cuales se encuentran los derechos fundamentales, por lo que en el caso de la causal que encuentra prevista en la Ley 136 de 1994, que señala la remisión allí prevista a las causales de inhabilidad de los alcaldes “en lo que sea aplicable” por remisión del artículo 163 c) ídem, se considera conforme a tales postulados, como lo dispuso la Corte Constitucional al determinar:

“En el caso de los contralores departamentales, distritales y municipales, el inciso 8º del artículo 272 de la Carta sólo establece dos inhabilidades para el funcionario aludido, las cuales son: a) no podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección; y b) ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

La Corte acoge la interpretación que formula la intervención del Ministerio del Interior y que se expresa en el concepto del Procurador, en cuanto encuentra que el Constituyente con la consagración expresa de dos inhabilidades precisas para los contralores municipales sólo trata de asegurar un mínimo régimen de inhabilidades para tales funcionarios, sin excluir la posible ampliación de tal régimen a través del desarrollo legal. /.../

En ese orden de ideas, es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas por el artículo 272 de la Carta, por tanto, los cargos formulados por el actor contra el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994), no son de recibo en este proceso.”

135. Ello además, con la evidencia de que no se afectan derechos fundamentales por aplicar la inhabilidad del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, toda vez que se justifica en la afectación grave de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, ya que supone que quienes siendo empleados públicos de los órganos de control territorial ejerzan autoridad política, civil o administrativa en el respectivo nivel y puedan simultáneamente ejercer su candidatura con la capacidad de influencia que le otorga la investidura y la respectiva autoridad en relación con la corporación encargada de hacer la correspondiente elección, rompiendo las condiciones de igualdad en la competencia por el acceso al cargo.

136. Pues no se encuentran en un plano de igualdad los candidatos que ejercen autoridad, frente al órgano elector con respecto de quienes no, por lo que la inhabilidad coexiste cuando se trata de asegurar que la decisión de la elección del contralor deba ser imparcial, transparente y moral; pues lo contrario implica un escenario de intercambio de favores y la puesta en marcha de intereses ilegítimos, sin que se pueda generar un menoscabo a los derechos fundamentales del elegido, pues las normas no protegen de manera absoluta el acceso a la función pública.

137. Así, se estableció que quien ejerce el cargo de contralor municipal en la condición de titular o de encargado, tiene la efectiva capacidad de utilizar los poderes inherentes a sus funciones para incidir en beneficio propio sobre el concejo municipal como órgano encargado de la elección del nuevo contralor, por ello adicionalmente, se prohibió constitucionalmente su reelección.

138. La Sala reitera la posición de la Corte Constitucional en el sentido que no existe un vacío legal en la remisión que realiza el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 al 95 ibidem, al hacerse bajo el supuesto de “en lo que es aplicable”, no obstante, el máximo Tribunal constitucional no especificó qué asuntos lo son y cuáles no en la sentencia C-126 de 2018 de la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del mencionado artículo 163 ejúsdem, en donde encontró ajustada a la Carta la aplicación del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, como limitación del derecho a ser elegido de los candidatos a contralores municipales, lo que refuerza la posición que viene sosteniendo esta Sala sobre el asunto.

139. Por manera que resulta de gran importancia reseñar que la expresión “compatible” a lo que hace referencia la norma de reenvío debe hacerse bajo la lógica de la interpretación restrictiva aducida por la Sala Plena de esta Corporación, esto es, a que el texto dispositivo se encuentre en consonancia con la finalidad o propósito de la norma inhabilitante, es decir, que responda a su poder normativo, eficacia inmediata y salvaguarde su utilidad, como se ve reflejado en la efectividad que se tiene en la protección de los derechos del elegido, pero también del elector y, sobre todo, de los ciudadanos en general.

140. Para el caso de los contralores, la Corte Constitucional estableció que, “en cuanto trata de los contralores municipales en encargo, con arreglo a la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Carta por virtud del Acto Legislativo 02 de 2015, tales funcionarios se encontrarían inhabilitados para ser elegidos como contralores cuando, dentro de los doce meses anteriores a la elección, hubieren fungido como contralores municipales o como meros empleados públicos del respectivo municipio. Lo anterior, con arreglo a lo previsto en los numerales 2 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que reformaron el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 a que remite el literal c) del artículo 163 de dicha ley como causales de inhabilidad para ser elegido contralor municipal; inhabilidades estas que encuentran mayor apoyo en la contingente situación de conflicto de intereses ya advertida en esta providencia...”. (Destacado nuestro)

Del análisis de la sentencia citada en precedencia se colige que, es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas por el artículo 272 de la Carta, siendo uno de ellos el establecido en el numeral 2 del artículo 95 de la ley 136 de 1994.

Lo anterior encuentra fundamento en que tal circunstancia no se afecta los derechos fundamentales de quienes aspiran a ese cargo, al considerar que tal prohibición se justifica en la afectación grave de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública que supone que, quienes siendo empleados públicos de los órganos de control territorial, ejerzan autoridad política, civil o administrativa en el respectivo nivel y puedan simultáneamente ejercer su candidatura con la capacidad de influencia que le otorga la investidura y la respectiva autoridad en relación con la corporación encargada de hacer la correspondiente elección, rompiendo las condiciones de igualdad en la competencia por el acceso al cargo.

Por consiguiente, esa Corporación encuentra que resulta aplicable la inhabilidad referida con el fin de evitar que quienes ejercer autoridad en un determinado ente territorial utilicen los poderes inherentes a sus funciones para incidir en beneficio propio sobre el concejo municipal como órgano encargado de la elección del nuevo contralor.

Así las cosas, es necesario manifestar que a partir de la adopción de este criterio por parte del Consejo de Estado, se modifica la posición que la Dirección Jurídica de este Departamento Administrativo había sostenido frente a situaciones como la planteada en su consulta, en la cual se consideraba que al estar prevista una inhabilidad de rango constitucional referida al ejercicio de cargos públicos para aspirar al cargo de contralor distrital o municipal, no era aplicable la prohibición establecida en el numeral 2 del artículo 95.

Respecto al caso concreto, no obstante la modificación de este criterio respecto a la aplicación del numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136, la conclusión a la que se llegó en el concepto No. 20216000401291 del 5 de noviembre del 2021 no se modifica, pues la inhabilidad que cobija al caso consultado es la contenida en el artículo 272 de la Constitución Política y, en tal virtud, esta Dirección Jurídica reitera la conclusión contenida en el referido concepto: el servidor público del nivel directivo en el Departamento de Antioquia, en el cargo de subsecretario, adscrito a la Secretaría General, se encuentra inhabilitado para ser elegido Contralor municipal por cuanto ejerce un cargo de la Rama Ejecutiva del departamento.

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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:12:44