



Función Pública

Concepto 165551 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000165551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000165551

Fecha: 04/05/2022 09:41:06 a.m.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor municipal. Pariente de empleado de la contraloría como contralor municipal. RAD. 20229000128422 del 18 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para que el pariente de un empleado de la contraloría municipal sea elegido para ser contralor municipal, me permito manifestar lo siguiente:

En relación con las inhabilidades para ser elegido Contralor Departamental, Municipal y Distrital, la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 272. 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. (...)

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 periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

(...)

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.

(...)” (Destacado nuestro)

De conformidad con la norma constitucional transcrita, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien, durante el año anterior a la elección, hubiere desempeñado cargo público en la Rama Ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Por su parte, el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, señala:

“ARTÍCULO 163. Inhabilidades. Modificado por el Artículo 9 de la Ley 177 de 1994. No podrá ser elegido

Contralor quien:

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

encargado;

NOTA: (Texto tachado declarado inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 2018) b) Haya sido miembro de los Tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores;

NOTA: (Texto tachado declarado inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-468 de 2008) c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y párrafo de esta ley, en lo que sea aplicable. (Subraya fuera de texto)

(...)

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

(...)

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..(..).”

Sobre la aplicación de la causal de inhabilidad contenida en el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del magistrado 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 9 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 párrafo 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:

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta, . Entonces, tanto las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, de exequibilidad como las de inexecutable, 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 .

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 9 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 executable la norma.”

De esta manera, 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.

Así las cosas, y con el fin de resolver su interrogante, se debe tener en cuenta el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

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 4 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.

Por consiguiente, el Consejo de Estado encuentra que resulta aplicable la inhabilidad referida con el fin de evitar que quienes ejercen 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 mencionada sentencia, 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 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En relación con esta prohibición la Ley 136 de 1994 determina:

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

(...)

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...”

De acuerdo con lo previsto en la norma, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital, y para el caso que nos ocupa, contralor municipal, 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.

Respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 definió estos conceptos de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones: 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”.

“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo”.

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales,

como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”.

En relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01/52001-23-33-000- 2015-00840-01, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez:

“Bajo esas condiciones esta Sala Electoral ha señalado que para poder determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, “es necesario acudir a dos criterios fundamentales. Uno de ellos corresponde al criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan”². El criterio orgánico, entonces, si bien permite señalar que el ejercicio de autoridad indefectiblemente coincide con el ejercicio de las funciones de cargos del nivel directivo que son aquellos que “comprenden los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”² (Decretos 770 y 785 de 2005, artículo 4, numeral 4.1.).

No obstante, existen otros empleos que no siendo de dirección en la correspondiente estructura de la entidad comportan el ejercicio de autoridad -criterio funcional o material- por tener señaladas atribuciones que implican el ejercicio un poder de mando o la capacidad de influir en las decisiones de la entidad. Desde esta perspectiva su existencia está atada al “... conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (...)” (Ley 909 de 2004, artículo 19).

Por tanto, cuando se pretenda indagar si una persona ejerció o no autoridad, no basta con determinar la categoría que su cargo tiene en la estructura de la administración, pues si bien aquel puede no hacer parte del nivel directivo, es posible que por las competencias asignadas a este se pueda determinar su presencia de aquella, por tenerlas expresamente atribuidas a ese cargo, en la Ley, el reglamento o el correspondiente manual de funciones³.

De conformidad con lo establecido en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo preceptuado por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

En este orden de ideas, deberá analizar si las funciones que realiza los parientes del aspirante al cargo de contralor municipal tienen la facultad para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; o si hace parte de las unidades de control interno y legal o reglamentariamente tiene facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio; toda vez que si como empleado público ejerce jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio en el cual desea aspirar a la alcaldía, deberá presentar renuncia a su cargo antes de los doce (12) meses que preceden la respectiva elección.

En el evento que una vez analizadas las funciones de su empleo advierta que no ejerce autoridad civil o administrativa, no se evidencia prohibición alguna para que se postule a ser elegido como contralor.

De otra parte, es importante tener en cuenta los posibles conflictos de interés que se puedan suscitar en el ejercicio de las funciones como contralor, en relación con las actuaciones de sus parientes vinculados en la entidad o en una donde eventualmente ejerza su función fiscal, y por ende deba declararse impedido para conocer. El análisis en cada caso es propio del interesado y de la Administración.

En caso de 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": [/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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 5 de junio de 2003. Expediente No. 2003-03090.

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez.

3 Sobre el particular, esta Sección ha indicado que: "(...) Corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo, o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa' (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2002. Expediente 2804).

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:04:14