



Función Pública

Concepto 338981 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000338981 Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000338981

Fecha: 23/10/2019 10:46:39 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo por ejercer empleo público. RAD. 20199000336762 del 3 de octubre de 2019.

Cordial saludo.

Mediante la comunicación de la referencia, consulta:

1. Según el Art. 23 del Acto legislativo 02 de 2015, que modifica el Art. 272 de la Constitución Política de Colombia, entre los impedimentos para ser Contralor Distrital se encuentra el haber ejercido cargo público del nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal en el último año. De acuerdo con esto, ¿puede una persona que ha ejercido cargo del nivel directivo en el departamento (Universidad del Atlántico), posesionarse como Contralor Distrital de Barranquilla?
2. En el marco de esa misma inhabilidad (un año sin ostentar cargo público del nivel directo para aspirar a Contralor Distrital) ¿se deberá entender que la inhabilidad cobija también a su esposo/a o compañero/a permanente, entendiendo el matrimonio como una sociedad patrimonial en que los beneficios son para ambas partes?
3. En el marco de la nueva Ley que regula la elección de Contralor General y municipales, ¿debemos aplicar en el proceso del 2020, la nueva norma o la vieja norma?
4. En virtud al numeral 2 literal B del Art. 8 de la Ley 80 de 1993, las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. ¿podrá aspirar a Contralor Distrital de Barranquilla quien sea esposo/a o compañero/a permanente de quien haya ejercido cargo directivo/nivel ejecutivo en la Contraloría Distrital de Barranquilla durante el año inmediatamente anterior a su postulación?
5. ¿Puede un funcionario del nivel ejecutivo de un distrito, aspirar a contralor del departamento del que hace parte?

Sobre sus inquietudes, me permito manifestarle lo siguiente:

El artículo 272 de la Constitución Política, fue nuevamente modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo No. 4 de 2019. El nuevo texto es el

siguiente:

“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.

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.

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

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.

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.

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2º. En un término no superior a un año la ley reglamentará el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio. Esta ley será presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República.” (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el artículo 6° del Acto Legislativo 04 de 2019, indica:

“ARTÍCULO 6°. La Contraloría General de la República desarrollará los términos generales para el proceso de convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales.”

Conforme al mandato constitucional, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital y municipal quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal dentro del último año anterior a la elección. Como lo indica en su consulta, antes de esta modificación, la inhabilidad recaía sobre quién hubiese ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal. Esta condición varió y a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 04 de 2019, la inhabilidad recae sobre quienes hayan ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

El elemento temporal de la inhabilidad debe ser considerado desde la fecha de elección, un año hacia atrás, término en el cual, si el aspirante ejerció un cargo público en la rama ejecutiva del nivel departamental, municipal o distrital, no podrá acceder al cargo de personero.

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.

Las universidades públicas, como órganos autónomos del Estado, no hacen parte de ninguna rama del poder público. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, que, en sentencia del 3 de junio de 2008, dentro del proceso con radicado No. 6058-2002 (AI-0282-02), manifestó:

“En sentencia C-220-97 la Corte Constitucional expresamente indicó que las universidades públicas, en tanto órganos autónomos del Estado, no hacen parte de la Rama Ejecutiva, exponiendo la tesis central planteada, entre otros, bajo los siguientes argumentos:

<<b. Las universidades públicas en tanto órganos autónomos del Estado no hacen parte de la rama ejecutiva Ese tipo de autonomía, entendida como capacidad de autodeterminación ajena a la injerencia del poder ejecutivo, se hace viable en la estructura del Estado en los términos del 25 artículo 113 de la C.P. , el cual establece, que además de los órganos que integran las ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre ellos el Banco de la República (art. 371 C.P.); la denominada Comisión Nacional de Televisión (art. 77 C.P.), y las universidades del Estado (art. 69 C.P.), organismos todos a los que el Constituyente dotó de autonomía, no obstante su carácter de organismos de derecho público, sujetos a un régimen legal propio, lo que quiere decir que exigen por parte del legislador un tratamiento especial, que les permita efectivamente ejercer esa prerrogativa, sin que ello implique “...exonerarlas de todo punto de contacto con el Estado”7,o no admitir el control fiscal que sobre ellas debe ejercer la Contraloría General de la República, en cuanto se nutren de recursos públicos....

En cuanto a la universidades, el artículo 69 de la C.P. en su primer inciso les garantiza a todas, públicas y privadas, autonomía, esto es capacidad para darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos; en el inciso segundo prevé que las universidades públicas, en cuanto órganos autónomos que no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, requieren de un régimen especial que les permita cumplir sus objetivos y misión sin interferencias del poder político, por lo que le ordena al legislador establecer para ellas dicho régimen especial. ...>>” (Se subraya).

Esto significa que los servidores de la Universidad del Atlántico, como institución pública de educación superior, no hacen parte de la rama ejecutiva de la entidad territorial y, por tanto, la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la constitución para ejercer el cargo de contralor, que indica que no puede aspirar a esta dignidad quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, no es aplicable a los empleados del citado ente universitario.

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado ¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De acuerdo con la citada jurisprudencia, las inhabilidades son taxativas, deben estar consagradas explícitamente en la Constitución o en la Ley y no pueden hacerse extensivas a otros cargos, eventos o personas por analogía.

En cuanto a las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo No. 04 de 2019, relacionadas con la elección de los contralores territoriales, se establecieron las siguientes:

La elección se hará de terna obtenida del proceso de selección y no de quien obtenga el mayor puntaje, como venía efectuándose. Esta selección es producto de convocatoria pública conforme a la Ley, aspecto que no se modifica.

El período de los contralores para un periodo de cuatro años que no puede coincidir con el período del correspondiente gobernador y alcalde. Antes era igual al de estos servidores.

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. Anteriormente, esta última inhabilidad se configuraba para quien hubiese ejercido cargo público en el nivel ejecutivo.

Respecto a estas modificaciones, es importante resaltar que, si bien se modifica la elección del contralor con quien obtenga el mejor puntaje por una terna con los 3 mejores puntajes, las convocatorias públicas que se adelanten para la selección de los contralores, antes y después del Acto Legislativo 04, se realizan de acuerdo con el procedimiento que establezca la Ley.

Adicionalmente, el artículo 6° del Acto Legislativo indica que los términos generales para el proceso de convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales, deben ser desarrollados por la Contraloría General de la República.

Esta facultad no implica necesariamente la expedición de una Ley, pues ésta sería la expresión, no de la Contraloría General sino del Congreso de la República. Como entidad de Control, las decisiones que adopte la Contraloría tienen el carácter de actos administrativos. Así, los términos generales para los procesos de convocatoria para elegir contralores territoriales, serán determinados mediante un acto administrativo que, cuando sea expedido, deberá ser considerado de manera obligatoria para el diseño de los procesos de selección.

De acuerdo con lo expuesto, el Congreso de la República debe expedir una Ley que reglamente la convocatoria pública para elegir contralores territoriales. Pero en su ejecución, se deberán atender los términos generales desarrollados por la Contraloría General de la Nación.

Es claro entonces, que el texto del artículo 272 anterior a la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019, también consagraba que, para la realización de las convocatorias para la elección de contralor territorial, debía seguirse el procedimiento consagrado en la Ley. No obstante, a la fecha el Congreso no ha expedido una Ley que desarrolle de manera específica los procesos a seguir en las convocatorias para elegir los contralores. Por ello, la Ley 1904 del 27 de junio de 2018 “*Por la Cual se establecen las Reglas de la Convocatoria Pública para la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República*”, estableció una solución temporal en su artículo 11:

“ARTICULO 11. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en lo que correspondan a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la República expida disposiciones especiales para la materia.”

(Se subraya).

El procedimiento contenido en la citada Ley 1904 de 2018, está regido por los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, previamente consagrados en la Constitución antes de la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019 y reiterados en éste.

Adicionalmente, indica la citada Ley 1904 en su artículo 11, que el proceso de elección estipulado en ella será aplicable en lo que correspondan a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la República expida las disposiciones especiales sobre la materia.

Debe aclararse que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019, derogó el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, pero el resto de su texto continúa vigente. Por tanto, la aplicación supletoria contenida en el artículo 11 subsiste, mientras no se expida la Ley que reglamenta la elección de los Contralores territoriales, de manera específica.

De acuerdo con los textos legales y constitucionales expuestos, en criterio de esta Dirección Jurídica, debe entenderse que los Contralores territoriales, continúan siendo designados por las Asambleas y los Concejos. Pero a partir de la vigencia del Acto Legislativo 04 de 2019, se hará:

Con base en una terna obtenida del proceso de selección adelantado de conformidad con la Ley.

Cuando el Congreso de la República expida la citada Ley, deberá contemplar los términos generales establecidos por la Contraloría General de la República, cuando sean adoptados por esta entidad.

Mientras la Contraloría General de la Nación, adopta los parámetros generales para el proceso de convocatoria de contralores territoriales y/o se expida la Ley específica que adopta el proceso de selección para los mismos, la Ley 1904 de 2018 será aplicable, en lo que corresponda, a la elección de los Contralores Territoriales, de acuerdo con lo señalado en su artículo 11 pues, al no ser contraria el Acto Legislativo 04 de 2019, continúa vigente.

Además de las inhabilidades para ser contralor contenidas en el artículo 272 de la constitución, se encuentran las señaladas en la ley 136 de 1994, que en su artículo 163, modificado por el artículo 9° de la Ley 177 de 1994 señala otras inhabilidades para aspirar al cargo de contralor municipal o distrital ²:

“ARTÍCULO 9.- El artículo 163 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 163º.- Inhabilidades. 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;

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; <Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-468 de 2008.>

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

El artículo 95 de la misma Ley al cual se hace referencia en el literal c), modificado por la Ley 617 de 2000, señala:

"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:

(...)

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.

(...)"

Según la inhabilidad contenida en el primer inciso del numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no puede aspirar al cargo de contralor 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.

Para el caso que nos ocupa, quien aspira al cargo de contralor distrital es compañero/a permanente de un empleado del nivel directivo de la Contraloría Distrital, por tanto, se configura el elemento parental de la inhabilidad.

Para efectos de establecer si el pariente del aspirante al cargo de contralor ejerce autoridad política, civil o administrativa, debe acudirse a las definiciones contenidas en la Ley 136 de 1994:

"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.

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

3. 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 ejercen 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.”

De acuerdo con las definiciones descritas, el consultante deberá analizar si el compañero/a permanente del aspirante al cargo de contralor distrital ejerce autoridad en el municipio. Vale decir, si nombra y remueve libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación, si impone sanciones a los empleados, si celebra contratos o convenios, ordena gastos con cargo a fondos municipales, confiere comisiones, licencias no remuneradas, decreta vacaciones, traslada a los funcionarios subordinados, reconoce horas extras, vincula personal supernumerario o fija nueva sede al personal de planta, o hace parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias, se entiende que ejerce autoridad en el municipio y, en tal virtud, su compañero/a permanente no podrá aspirar al cargo de contralor distrital.

Con base en los textos legales y jurisprudenciales expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La persona que ha ejercido cargo del nivel directivo en la Universidad del Atlántico podrá aspirar y posesionarse como Contralor Distrital de Barranquilla por cuanto aquel cargo no pertenece a la rama ejecutiva de la entidad territorial.
2. Por el carácter restrictivo de las inhabilidades, éstas no pueden extenderse a otras personas diferentes a las señaladas en la norma. La inhabilidad debe estar explícitamente señalada en la Constitución o en la Ley y no permite extensiones por analogía. Así, la inhabilidad no puede ampliarse al esposo/a o compañero/a permanente, a menos que la norma lo prevea de manera precisa.
3. Mientras la Contraloría General de la Nación, adopta los parámetros generales para el proceso de convocatoria de contralores territoriales y/o se expida la Ley específica que adopta el proceso de selección para los mismos, la Ley 1904 de 2018 será aplicable, en lo que corresponda, a la elección de los Contralores Territoriales, de acuerdo con lo señalado en su artículo 11 pues, al no ser contraria el Acto Legislativo 04 de 2019, continúa vigente.
4. La prohibición contenida en el numeral 2 literal B del Art. 8 de la Ley 80 de 1993, está relacionada con la prohibición de celebrar contratos con entidades públicas para las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. Esta prohibición no constituye inhabilidad para aspirar al cargo de contralor. No obstante, si la quien pretende ser designado Contralor Distrital de Barranquilla tiene vínculo de matrimonio o es compañero/a permanente de quien haya ejercido cargo directivo/nivel ejecutivo en la Contraloría Distrital de Barranquilla durante el año inmediatamente anterior a su postulación, y de acuerdo con las definiciones contenidas en la Ley 136 de 1994, ejerce autoridad administrativa, política o civil en el distrito, estará inhabilitado para aspirar al citado empleo. Esta situación debe ser analizada por el consultante.

5. Si el funcionario del nivel ejecutivo de un distrito que aspira a ser designado contralor del departamento hace parte de la rama ejecutiva de la entidad territorial, estará inhabilitado para aspirar a ese cargo.

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

111602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez

2. El artículo 194 de la Ley 136 de 1994 extiende sus efectos al régimen distrital: “En cuanto no pugne con las leyes especiales, la presente ley se aplicará a los distritos.”

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:32:22