



Concepto 351621 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000351621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000351621

Fecha: 30/07/2020 07:06:26 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista Contralor. RAD. 20209000248212 del 12 de junio de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"Un contratista por prestación de servicios profesionales de un municipio puede aspirar a contralor municipal si en el año anterior a la elección este era contratista ejemplo el contrato de prestación de servicios profesionales inicia en enero de 2021 y finaliza en diciembre de 2021 y este es electo contralor municipal en enero de 2022, a mi parecer no existiría una habilidad por la ley 330 DE 1996?"

Atendiendo a la misma me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, 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". (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio

de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, la Constitución Política establece:

"ARTICULO 272. (Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019). 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.

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." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, 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.

"ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. (Artículo subrogado por el artículo 90. de la Ley 177 de 1994, no podrá ser elegido Contralor, quien:

(...)

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

Conforme al artículo en cita, no podrá ser elegido contralor municipal quien este incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de la ley 136 de 1994, para los alcaldes en lo que le sea aplicable.

El mencionado artículo 95 ibídem, consagra:

"ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. (Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000). No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

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." (Subrayado fuera de texto.)

De acuerdo a la normativa trascrita, no podrá ser alcalde y en consecuencia contralor municipal, 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.

Ahora bien, en relación a la inhabilidad para elegir contralor, por haber celebrado un contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, del 24 de febrero de 2005, Radicado número: 88001-23-31-000-2004-00001-02(3480), dispuso:

"A partir del supuesto fáctico antes analizado, esto es, la celebración de un contrato de prestación de servicios entre el Señor César Augusto Hernández Rojas y el Hospital Timothy Britton E.S.E., se plantea en este caso la configuración, respecto del demandado, de la causal de inhabilidad prevista en los artículos 163, literal c) de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994) y 95, numeral 3º, de esa misma ley (modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000).

Mediante la Ley 136 de 1994 el Congreso de la República dictó "normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios". Las disposiciones de esa ley en que se apoya el segundo cargo formulado contra el acto de elección acusado, son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 163. Inhabilidades (Artículo subrogado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994) No podrá ser elegido Contralor, quien:

(...)

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

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser Alcalde. (Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000) No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

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."

En ese orden de ideas, como lo sostuvo esta Sala en anterior oportunidad¹, es evidente que las disposiciones antes transcritas consagran causales de inhabilidad para ejercer el cargo de Contralor Municipal o Distrital, referidas a supuestos jurídicos y fácticos que deben aplicarse en lo compatible con el cargo de quien ejerce el control fiscal en el respectivo Municipio o Distrito y no para quien lo ejerce en el Departamento.

En otras palabras, se trata de una reglamentación especial y diferente de la prevista para los Contralores Departamentales, en cuanto es exclusiva para los Municipales o Distritales."

Según lo establece el Consejo de Estado, la inhabilidad descrita en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, para los alcaldes es aplicable por remisión a quienes pretendan elegirse como contralores municipales y distritales.

En adición a lo anterior, la misma Corporación, en relación a los elementos constitutivos de la inhabilidad dispuesta por el literal c del artículo 136 de 1994, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2002, radicado número 15001-23-31-000-2001-1092-02(3027) y ponencia del Consejero Darío Quiñones Pinilla, estableció:

"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 resolutiva"

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.

(...)

No obstante, debe recordarse que por disposición del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, las causales de inhabilidad señaladas para los alcaldes solamente se aplican a los contralores municipales "en lo que sea aplicable". En efecto, antes de la vigencia de la Ley 617 de 2000, el punto de referencia para estudiar la inhabilidad era la fecha de la inscripción del candidato, por lo que esta Sala concluyó que el numeral 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 -inhabilidad de los alcaldes por la celebración de contratos con entidades públicas- no era aplicable a los contralores municipales². Sin embargo, con la nueva redacción de la norma trascrita, se observa que la inhabilidad derivada de la celebración de contratos tiene como punto de referencia las fechas de elección y de celebración de los contratos, razón por la cual es perfectamente posible aplicar esa causal de inelegibilidad a la elección de los Contralores Municipales.

Ahora, de la lectura del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, en cuanto fue modificado por el artículo 37, numeral 3º, de la Ley 617 de 2000, se tiene que para que se configure la inhabilidad derivada de la celebración de contratos es necesario demostrar 3 supuestos, a saber: i) que el elegido celebró contratos con entidades públicas de cualquier nivel, en interés propio o de terceros; ii) que ese contrato se ejecutó o cumplió en el mismo municipio donde resultó elegido el contratista y, iii) que el contrato se celebró dentro del año anterior a la elección.

Pues bien, como se dijo en precedencia, está demostrado en el expediente que el elegido Contralor de Barrancabermeja para el período 2001-2003 celebró contratos de prestación de servicios personales, por lo que es obvio que aquellos representan interés del contratista, con una entidad pública de esa localidad (Concejo de Barrancabermeja), dentro del año anterior a su elección (28 de enero, 2 de mayo y 4 de julio de 2000). Finalmente, también es claro que los contratos de prestación de servicios se cumplieron en el mismo municipio donde resultó electo el demandado, puesto que los contratos señalaron que es obligación del contratista "acudir a las dependencias del Concejo Municipal en el horario normal en que esta desarrolle sus labores, según las necesidades..." (Cláusula cuarta de los contratos). De consiguiente, el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido Contralor Municipal de Barrancabermeja, para el período 2001- 2003, por lo que el cargo prospera". (Subrayad fuera de texto).

Con respecto a la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

"En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"Esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación

personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”.

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

“Evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervenientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de “utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.” (Resaltado nuestro)

Por consiguiente, para que haya lugar a la inhabilidad relacionada con la intervención en la celebración de contratos se requiere:

1. Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel
2. Dentro del año anterior a la fecha de la elección.
3. En interés propio o de terceros.
4. Que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio para el cual pretende aspirar como candidato.

De acuerdo con lo expuesto, estará inhabilitado para ser contralor municipal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiendo por celebración el nacimiento del contrato, independientemente del tiempo que se tarde en su ejecución.

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”, 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

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

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:30:22