



Concepto 556501 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000556501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000556501

Fecha: 17/11/2020 05:36:51 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo por estar encargado. RAD. 20202060514992 del 27 de octubre de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si una persona que haya sido nombrada como contralor(a) territorial encargado en todo o en parte del periodo del año 2020, estaría inhabilitado para participar y ser elegido como contralor territorial en propiedad para el periodo 2020-2021, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser contralor municipal, 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.

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).

Conforme al mandato constitucional, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital y municipal quien 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.

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.

Por su parte, los contralores territoriales son servidores públicos que tienen a su cargo, de manera concurrente con la Contraloría General de la República, la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías y hacen parte de los

denominados órganos de fiscalización y control. Por ende, no hacen parte de la Rama Ejecutiva. En tal virtud, quien ejerce un empleo en una contraloría del nivel territorial, no es un empleado de una entidad que pertenece a la Rama Ejecutiva y por ello, la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Carta no le cobija.

Adicionalmente a las inhabilidades contenidas en el artículo 272 de la constitución, se encuentran las señaladas en la ley 136 de 1994, para los contralores municipales, que en su artículo 163, señala:

"ARTÍCULO 163. 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;
- c. Esté incursa dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable.

NOTA: (el texto tachado fue declarado inexequible)"

Para efectos de establecer si existe o no inhabilidad para los contralores que ejercieron este cargo mediante la figura del encargo, es indispensable citar la sentencia C-126 del 21 de noviembre de 2018 de la Corte Constitucional, que con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, declaró inexequible la expresión "o como encargado" del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, en los siguientes términos:

6.2. Inicialmente debe recordarse que, como se explicó bajo el numeral 2.3 supra, la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, derivó en que la inhabilidad para ser contralor territorial comenzó a predicarse de todos aquellos empleados de los distintos niveles territoriales que hubieren ocupado cargos públicos en nivel ejecutivo, asesor y/o directivo durante el año previo a la elección del respectivo contralor. Tal razón es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del aparte legal demandado pues aunque tanto el contralor municipal como el auditor de la respectiva contraloría, independientemente de su titularidad o situación administrativa de encargo, son funcionarios públicos del nivel directivo que por tal razón se encuentran cobijados por la inhabilidad constitucional de un (1) año que prevé la norma superior, el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 la extiende de modo desproporcionado a "todo o parte del período inmediatamente anterior": es decir a un lapso de hasta cuatro (4) años.

En otras palabras, la ley terminó por imponer sobre los referidos contralores municipales y auditores de las respectivas contralorías municipales una restricción desproporcionadamente más severa que la prevista por la Carta Política. Así, si bien es cierto que el legislador está autorizado para prever regímenes mayormente restrictivos a los constitucionalmente establecidos (nunca más flexibles), también lo es que dichas limitaciones deben ser idóneas para alcanzar el propósito perseguido; idoneidad que en el presente caso no se vislumbra pues, como la Corte dijo al estudiar el caso análogo que se estudia a inmediata continuación, *<<(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular.>>*

(...)

6.4.1. Según la Sentencia C-1372 de 2000, la ratio decidendi que sirvió de fundamento a la declaración de inexequibilidad de la expresión "como encargado" del literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996 consistió en que, como se señaló en el numeral 6.2 supra, *<<(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en*

particular. En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa (sent. C-147/98). (...). En el caso en análisis, la Corte ha de cumplir ese deber de ponderación, declarando la inexequibilidad de la expresión "como encargado" contenida en el literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, toda vez que el legislador en detrimento del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas, no fijó un término razonable para la configuración de la causal de inhabilidad, producto del desempeño de un cargo público específico en encargo, término este que la Corte no está llamada a fijar, por cuanto ésta, es una función propia del legislador.>> (La negrilla no es del texto original).

En otras palabras, como en aquel entonces la Corte encontró que el alcance temporal de la inhabilidad prevista por la norma era desproporcionadamente extenso al punto de que no respondía a los fines perseguidos por ella, en ejercicio de la ponderación entre dicha inhabilidad y los derechos políticos por ella restringidos la Corte resolvió en favor de éstos últimos; lo que resultó en la inexequibilidad del aparte legal demandado, salvando a los contralores departamentales en encargo de la inhabilidad que los afectaba. Puede entonces afirmarse que la regla jurisprudencial establecida en la ratio decidendi de la C-1372 de 2000 se resume genéricamente de la siguiente manera: 'Cuando en la configuración de una plausible inhabilidad confluya un elemento de temporalidad cuya prolongación resulte desproporcionada para el logro de los fines por aquella perseguidos, prevalece la protección de los derechos fundamentales consecuentemente restringidos'; o, más concretamente y en palabras de la propia Sentencia C-1372 de 2000: <<si bien puede resultar razonado impedir la elección de quien ejerció como contralor encargado, resulta irracional y desproporcionado que el legislador hubiese establecido que dicha inhabilidad operaría sin tener en cuenta en qué época fue ejercida la función fiscal en dicha calidad. (...) En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa (sent. C-147/98). Cuando estos últimos no resultan afectados, el juicio ha de primar en favor del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas.>>

6.4.2. La regla atrás enunciada resulta aplicable al asunto sub examine en donde, como se ilustra con el cuadro a que refiere el numeral 4.3. supra, las normas juzgadas en ambos procesos, más que semejantes, son equivalentes en lo que respecta a los contralores territoriales. Y en lo atinente a los auditores de las contralorías municipales son suficientemente semejantes habida cuenta de que tales funcionarios así mismo ejercen funciones de control fiscal.

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 y/o la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la norma legal ibídem⁶⁴ a que refiere el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

Mejor dicho, so pena de vulnerar el principio de igualdad por el que propugna el artículo 13 de la Carta, no resulta proporcional establecer una inhabilidad de cuatro (4) años para el contralor municipal y el auditor de la contraloría municipal, independientemente de su condición de titularidad o en situación de encargo, al tiempo que establecer una inhabilidad para los demás empleados públicos del nivel ejecutivo o superior del respectivo municipio de tan solo doce (12) meses anteriores al vencimiento del periodo legal inmediatamente anterior. Ciertamente, en cualquiera de los dos casos, por pertenecer al orden municipal, ambos grupos de personas tendrían igual posibilidad de influir en beneficio propio durante el periodo anterior a los doce meses de veto que defienden éstas últimas normas jurídicas, sin que se justifique un tratamiento desigual entre ambos grupos.

6.5 Se advierte no obstante que -similarmente a como se anotó en la Sentencia C-1372 de 2000 respecto de los contralores departamentales en encargo- los funcionarios beneficiados con la inexequibilidad que en esta sentencia se declarará seguirán estando cobijados con inhabilidad de doce (12) meses posteriores a la dejación del cargo que vinieren ejerciendo.

-
(...)

Hecha la anterior precisión, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "o como encargado" del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994. "(Se subraya).

De acuerdo con los textos legales y jurisprudenciales expuestos, la prohibición de reelegir a un contralor se predica únicamente de los que han desempeñado el cargo en propiedad. Adicionalmente, el Acto legislativo No. 04 de 2019 consagró como inhabilidad para aspirar al cargo de Contralor, haber sido empleado en la Rama Ejecutiva en el nivel departamental, distrital o municipal. Esto significa, que quien ejerció el cargo de contralor mediante la figura del encargo y se desempeña en la actualidad o desempeñó un empleo en la Contraloría municipal, podrá acceder al concurso que se adelante para proveer este cargo.

Ahora bien, la causal de inhabilidad contenida en el literal c) que determina como inhabilidades para ser contralor municipal el estar encurso dentro de las señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: 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 9º de la Ley 177 de 1994, dispuso lo siguiente:

<<INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

(...)

c) *Este incuso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo 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:

<<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.

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 exequible la norma."

De acuerdo con lo expuesto, 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, y que son las siguientes:

"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:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. 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.

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.

4. 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.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección".

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, en tal virtud, y en consonancia con la extensión efectuada por el literal c) del artículo 163 de la Ley 136, no les será aplicable.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que quien haya sido encargado como contralor territorial, podrá aspirar a concursar y ser elegido para el período 2020 a 2021, pues la prohibición de reelección no opera para aquellos que ejercieron el cargo mediante la figura del encargo.

Respecto a las inhabilidades del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, éstas son aplicables para la elección de los contralores municipales, en lo que sea pertinente. Así, la causal contenida en el numeral 2º del artículo 95, no será aplicable al caso del contralor por cuanto la Constitución establece de manera específica que la inhabilidad aplica a aquellos que ocuparon algún cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

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: 2026-01-29 22:27:04